Der Uebergang

eines

Handelsgeschäfts

auf eine

Mehrheit minderjähriger Erben.

INAUGURAL-DISSERTATION

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Juristen Fakultät zu Rostock

vorgelegt von

Referendar Fritz Fuchs

in

Kreuznach.

1904.

Buchdruckerei Seb. Foppen Bonn a. Rh.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549202_0126

Meiner Schwester!

Litteratur-Verzeichnis.

Adler: Abhandlung in Kohlers Archiv Bd. III, S. 1.
Behrend: Lehrbuch des Handelsrechts. 1886.
Bekker: in Goldschmidts Zeitschrift Bd. IV, S. 547 ff.
Binder: Rechtsstellung des Erben. 1901—1905. I—III.
Boehm: Das Erbrecht des B.G.B. 1900.
Borhardt: Erbrecht. 1900.
Bolte: in Goldschmidts Zeitschrift Bd. 51, S. 413.
Cohn: in Gruchots Beiträgen, Bd. 42, S. 51 ff.
Cosack: Lehrbuch des bürgerl. Rechts. 1900.
„ „ „ Handelsrechts. 1900.
Denkschrift zum Entwurf eines Handelsgesetzbuchs.
Dernburg: Lehrbuch des Pandektenrechts. 5. Aufl.
„ „ „ bürgerl. Rechts Bd. IV, 1903.
„ „ „ preuss. Privatrechts.
Düringer Hachenburg: Kommentar des Handelsgesetzbuchs 1899.
Eccius: in Gruchots Beiträgen, Bd. 43, S. 603—641, 801—831.
Ehrenberg: in Goldschmidts Zeitschrift Bd. 28, S. 25 ff.
Enneccerus-Lehmann: Das B.G.B. 1898.
Erdmann: Das Miterbenverhältnis des B.G.B. 1899.
Endemann: Lehrbuch des Handelsrechts 1887.
„ Einführung in das Studium des B.G.B. 3.—5. Aufl.
Fischer-Henle: Kommentar zum B.G.B. 4. Aufl.
Frommhold: „ „ B.G.B. 1900.
Gareis: „ „ H.G.B. 1901.
Gierke: Genossenschaftsrecht Theorie und Rechtsprechung.
Goldmann: Kommentar zum H.G.B. Bd. I. 1901.

Grundig: Die Haftung des Miterben. 1902.
Hachenburg: Vorträge über das B.G.B. 1900.
Jäger: Erbenhaftung und Nachlasskonkurs 1898.
Kress: Die Erbengemeinschaft.
Laband: in Goldschmidts Zeitschrift Bd. 45.
Lehmann-Ring: Kommentar zum H.G.B. 1902.
Makower: „ „ H.G.B. 1898.
Mommsen: in Buschs Archiv Bd. 32. S. 202 ff.
Münchmeyer: Haftung der Erben und Miterben. 1899.
Planck: Kommentar zum B.G.B. 1899.
„ Die Haftung des Erben. Deutsche Juristen-Zeitung 1899 S. 365—369.
Regelsberger: in Goldschmidts Zeitschrift Bd. 14, S. 1 ff.
Rünger: Uebergang der Schulden beim Erwerb und Fortführung einer Firma. 1881.
Schultess: Die Schuldhaftung des Erben nach § 27 H.G.B. 1903.
Simon: in Goldschmidts Zeitschrift Bd. 24, S. 91 ff.
Scherer: Erbrecht des B.G.B. 1900.
Staub: Kommentar zum H.G.B. 1900.
Stegemann: Vererbung eines Handelsgeschäfts. 1903.
Strohal: Erbrecht. 3. Aufl.
Thöl: Praxis des Handels- und Wechselrechts I. 1874.
Wendt: im Archiv für die zivilistische Praxis. Bd. 86, S. 353—436.
Wilke: Haftung des Erben. 1898.
Woltereck: Der minderjährige Kaufmann. 1896.
Court: in der deutschen Juristen-Zeitung IX. Jahrg. No. 4.

Inhaltsverzeichnis.

Einleitung. Seite 8

§ 1. Der Begriff des Handelsgeschäfts „ 9

I. Juristische Natur der Erbenmehrheit.

§ 2. Bei Grossjährigkeit der Erben „ 11

§ 3. Bei minderjährigen Erben „ 15

II. Haftung der Erben für die früheren Geschäftsschulden

a) Bei Fortführung der Firma

§ 4. 1) Innerkalb der Ausschlagungsfrist des B. G.-B. „ 25

2) nach endgültiger Annahme der Erbschaft

§ 5. Allgemeines „ 28

§ 6. Innerhalb der Frist des § 27 Abs. 2 H.-G.-B. „ 32

§ 7. Nach Ablauf der Frist ohne Anwendung des § 25 Abs. 2 H.-G.-B. „ 36

§ 8. Mit Benutzung des § 25 Abs. 2 „ 47

§ 9. b) Bei Fortführung unter neuer Firma „ 58

Einleitung.

Durch das neue Handelsgesetzbuch hat u. A. auch die Frage eine eingehende Regelung gefunden, wie sich die Rechtslage gestaltet, wenn ein Handelsgeschäft als Ganzes auf einen neuen Inhaber übergeht. Von besonderem Interesse ist hierbei der Fall des Uebergangs von Todeswegen, weil hier gleichzeitig die erbrechtlichen Bestimmungen des B.G.B. eingreifen, die ebenfalls dem vor 1900 geltenden Recht gegenüber manche erhebliche Aenderungen aufweisen. Ein heiss umstrittener Punkt war dabei die Frage nach dem Rechtszustand bei einer Mehrheit von Erben. Schliesslich wurde sie durch eine Art Kompromiss und daher in eigenartiger Weise erledigt. Bietet so schon der gewöhnliche Fall einer Erbengemeinschaft des juristisch Interessanten genug,so ist dies in noch erhöhtem Masse der Fall, wenn ein Handelsgeschäft auf eine Erbenmehrheit übergeht, da hier die neuen Regeln des H.G.B. und des B.G.B. ineinander übergreifen, und bisweilen auch kollidieren. Davon wollen wir nun den speziellen Fall, dass ein Handelsgeschäft auf eine Mehrheit minderjähriger Erben übergeht, herausgreifen und einer Erörterung unterziehen.

§ 1.

Der Begriff des Handelsgeschäfts.

Wie der Begriff Handelsgeschäft zu definieren ist, geht weder direkt aus dem Gesetz noch aus der Denkschrift hervor. Im praktischen Leben wird wohl im Allgemeinen kein Zweifel darüber herrschen, was unter einem Handelsgeschäft zu verstehen ist. Allein die juristische Fixierung machte von jeher Schwierigkeiten. Besonders da das alte H.G.B. keine Bestimmungen enthielt über den Schuldenübergang beim Erwerbe eines Handelsgeschäfts, war der Begriff des Handelsgeschäfts selbst heiss umstritten, da aus ihm heraus die einzelnen Meinungen in dieser Frage begründet werden sollten. So entstand die von Mommsen[1]) vertretene Ansicht, das Handelsgeschäft sei eine juristische Person, sowie Bekkers[2]) Theorie von dem dem römischen peculuim analogen Zweckvermögen mit eigenen Rechtsverhältnissen. Diese Konstruktionen wurden vielfach angegriffen, so namentlich von Regelsberger,[3]) und eine Menge neuer Ansichten aufgestellt. Bald unterschied man Handelsgeschäft und Handelsvermögen,[4]) bald identifizierte man beides.[5]) Dann unterschied man wieder zwischen Handelsgeschäft und Etablissement,[6]) bald Handelsgeschäft und Geschäftsbetrieb.[7]) Der eine rechnete zu dem Begriff Handelsgeschäft auch die Aktiva und Passiva[8]) der andere nur die Aktiva[9]) der dritte nur die Passiva[10]) der vierte schloss beides davon aus.[11]) Auch

[1]) Busch's Archiv Bd. 32 Seite 201, ff.
[2]) Goldschmidt's Zeitschrift Bd. IV, S. 457.
[3]) „ „ „ XIV, S. 1 ff.
[4]) „ „ „ XIV, S. 12. Binder S. 31.
[5]) Behrend I, S. 202.
[6]) Endemann S. 54 ff.
[7]) Holtzendorff S. 246.
[8]) Thöl S. 15.
[9]) Behrend II, S. 438.
[10]) Rünzer S. 48.
[11]) Anonymus S. 522.

heute ist die Frage noch nicht ganz gelöst. Neuere Schriftsteller kommen jedoch zu dem Ergebnis, dass sich hier ein allgemein gültiger Begriff nicht aufstellen lässt, sondern man zwischen einem weitesten und engsten Begriff unterscheiden und den konkreten Fall zwischen den beiden Extremen unterbringen müsse, so vor Allem Stegemann,[12]) der ausführt: „der Sinn des Begriffes schwankt „von der engsten Bedeutung, dem Geschäftsbetrieb, „bis zum weitesten, der universites iuris, die alle mit „demselben in begrifflichem Zusammenhang stehende „Elemente von Vermögenswert umfasst." Die Definition, die Stegemann hier vom weitesten Sinne des Handelsgeschäfts giebt, stimmt mit der von Lehmann-Ring[13]) überein. In Bezug auf den engsten Begriff aber ist Stegemann einseitig, da er hierzu nur den „Geschäftsbetrieb" rechnet. Meiner Meinung nach besteht aber auch ein Gegensatz in der Richtung, dass man nur die realen Zubehörteile unter den engern Begriff subsumiert und den Betrieb ausscheidet. Für unsern Fall der Vererbung eines Handelsgeschäfts haben wir einen möglichst weit gefassten Begriff anzunehmen, da ja das Geschäft unter dem Erben möglichst genau so weiter existieren soll wie unter dem Erblasser.

[12]) S. 34.
[13]) S. 89.

I. Juristische Natur der Erbenmehrheit

§ 2.

Bei Grossjährigkeit der Erben.

Ehe wir näher untersuchen, als was sich die Mehrheit der minderjährigen Erben juristisch darstellt, bedarf die Vorfrage einer Erledigung, wie sich die Rechtslage gestaltet, wenn ein Handelsgeschäft auf mehrere grossjährige Erben übergeht und von diesen fortgeführt wird. Man könnte leicht geneigt sein, hier eine offene Handelsgesellschaft anzunehmen. Denn nach H.G.B. § 105 Absatz 1 liegt eine offene Handelsgesellschaft dann vor, wenn bei einer Gesellschaft, deren Zweck auf den gemeinschaftlichen Betrieb eines Handelsgewerbes unter gemeinschaftlicher Firma gerichtet ist, die Haftung keines der Gesellschafter den Gesellschaftsgläubigern gegenüber beschränkt ist. Allein man muss wohl beachten, dass das Gesetz hier nicht allgemein von einer Personenvereinigung spricht, sondern von einer Gesellschaft, und dass nach § 105 Absatz 2 die Vorschriften des B.G.B. über die Gesellschaft ergänzend Anwendung finden sollen. Notwendige Voraussetzung einer Gesellschaft ist aber gemäss B.G.B. § 705 ein Gesellschaftsvertrag. Ohne einen solchen kommt keine Gesellschaft zustande. Zunächst ist jedoch die Vereinigung der Erben lediglich durch das tatsächliche Moment des Erbfalls entstanden. Zu einem Vertrag bedarf es erst noch der übereinstimmenden, darauf gerichteten Willenserklärungen der Erben. Solange diese nicht abgegeben sind, besteht nur eine Erbengemeinschaft, eine communio incidens. Und da das Handelsgeschäft die Erbmasse oder doch einen Teil derselben darstellt, so unterstehen die Beziehungen der Erben zu ihm zunächst auch lediglich den Vorschriften des bürgerlichen Erbrechts.

Man darf nicht annehmen, dass das H.G.B. die Materie der Handelsgesellschaften habe ausschliesslich regeln wollen, und dass jede Vereinigung mehrerer zu einem kaufmännischen Unternehmen unter eine der Gesellschaftsformen des H.G.B. zu bringen sei. Das geht schon daraus hervor, dass wichtige handelsrechtliche Gesellschaften durch Spezialgesetze geregelt sind, wie die Genossenschaften und die G. m. b. H., und dass andererseits eine Vereinigung von Minderkaufleuten zu einem Handelsgewerbe nach B.G.B. behandelt wird.

So haben wir es in unserem Falle zunächst mit einer zivilrechtlichen Gemeinschaft zu tun. Zu unterscheiden ist nun, ob das Geschäft unter der alten oder einer neuen Firma fortgeführt wird. Denn wenn die Erben eine neue Firma annehmen, so liegt im Allgemeinen darin die Erklärung, dass sie unter dieser neuen Firma gemeinschaftlich das Handelsgeschäft betreiben wollen, und da der Gesellschaftsvertrag an keine Form gebunden ist, so kann er auch auf diese Weise zustandekommen. Wenn aber Staub[14])behauptet,dass in der Fortführung unter einer neuen Firma stets die Bildung einer offenen Handelsgesellschaft liege, so geht dies doch zu weit.Denn einmal können die Erben ja wider ihren Willen zur Firmenänderung gezwungen sein. Der Erblasser kann z.B. letztwillig verfügt haben, dass mit seinem Tode auch seine Firma verschwinden soll, oder die Erben können die Firma deshalb nicht behalten, weil der Erblasser sie zu Unrecht geführt hatte. Wenn in einem solchen Fall die Erben das Geschäft unter einem andern Namen fortführen, so kann man nicht sagen, dass darin die oben angeführte Willenserklärung liegé. Das Motiv ist ja ein ganz anderes, nämlich äusserer Zwang. Die Aenderung der Firma begründet wohl die Vermutung in dieser Be-

[14]) Seite 155.

ziehung, ist aber widerlegbar. Aber selbst, wenn kein besonderer Grund zu einem Wechsel der Firma vorlag und darin eine Einigung der Erben zum gemeinschaftlichen Betrieb des Geschäfts zu sehen ist, so ist doch damit noch nicht unter allen Umständen eine offene Handelsgesellschaft zustande gekommen. Dies ist vielmehr nur dann der Fall, wenn ein Grundhandelsgeschäft den Gegenstand des Handelsgeschäfts bildet. Alsdann genügt Abschluss des Vertrages und tatsächlicher Geschäftsbetrieb unter gemeinschaftlicher Firma. Die Eintragung in das Handelsregister wirkt hier nur deklaratorisch. Und auch einer besonderen Verabredung der unbeschränkten Haftung bedarf es nicht; diese wird vom Gesetz präsumiert, wenn die übrigen Voraussetzungen vorliegen. Haben wir es dagegen mit abgeleiteten Handelsgeschäften zu tun, so entsteht eher keine offene Handelsgesellschaft, als bis die Eintragung in das Handelsregister stattgefunden hat. Diese ist hier notwendige Voraussetzung, wirkt konstitutiv.

Wird aber die alte Firma von den Erben beibehalten, so ist die Sachlage noch unbestimmter. Denn hier fehlt uns ein deutliches Merkmal für den Vertragsabschluss gänzlich. Die Fortführung des Geschäfts kann ja ausschliesslich zum Zweck der Erbauseinandersetzung erfolgen. Alsdann liegt ein Wille, ein Handelsunternehmen gemeinschaftlich zu betreiben, gar nicht vor, kann also auch nicht erklärt werden. Mithin besteht auch keine offene Handelsgesellschaft. Ebensogut kann aber auch beabsichtigt sein, das Geschäft auf längere Zeit hinaus weiterzuführen, es zu einer gemeinschaftlichen Erwerbsquelle zu machen. Alsdann ist ein Vertrag als geschlossen anzunehmen. Denn derselbe ist ja an keine Form gebunden, kann also auch stillschweigend eingegangen werden. Und die Geschäftsfortführung über einen gewissen Zeitpunkt

hinaus muss als solche stillschweigende Erklärung aufgefasst werden. Wann jedoch dieser Zeitpunkt anzunehmen ist, lässt sich allgemein nicht sagen. Goldmann[15]) meint, spätestens der Ablauf der Frist des § 27. H.G.B. ohne Geschäftseinstellung sei hier entscheidend. Oft wird dies ja zutreffen. Denn wenn die Erben die strenge Haftung des § 27 auf sich nehmen, werden sie dies meist aus dem Grunde tun, weil sie sich das Geschäft erhalten und weiterbetreiben wollen. Aber dies muss nicht immer der Fall sein. Auch Sorglosigkeit, Gesetzesunkenntnis, Zwang der Verhältnisse u. a. m. können die Ursache für den Eintritt der Haftung bilden, ohne dass ein Wille auf Fortführung des Geschäfts vorliegt. Man kann hier nur sagen, dass alles Tatfrage ist. Je nach Art und Umfang des Geschäfts, sowie nach Lage des Verhältnisses der Erben zu einander ist die Frist, die zur Erbauseinandersetzung genügt, verschieden lang, und erst nach deren Ablauf lässt sich auf die Entstehung einer offenen Handelsgesellschaft schliessen.

[15]) S. 135.

§ 3.

Bei minderjährigen Erben.

Wesentlich anders wird dagegen die Sachlage, wenn die Erben noch minderjährig sind. Sie selbst können dann das Geschäft nicht fortführen. Dies ist vielmehr Sache ihres Vormunds. Dieser ist kraft seiner Stellung berechtigt und verpflichtet zur Verwaltung des Vermögens seiner Mündel, also hier auch zur Verwaltung des Handelsgeschäfts. Dazu bedarf er auch nicht erst der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts. Denn seine Vertretungsmacht erstreckt sich grundsätzlich auf alles, was zur Verwaltung des Mündelvermögens gehört, und er ist darin nur insoweit beschränkt, als es das Gesetz besonders bestimmt. Und da das B.G.B. wohl in § 1823 für die Begründung eines neuen Erwerbsgeschäfts und in § 1822 No. 3 für einen Vertrag, der auf den entgeltlichen Erwerb eines Erwerbsgeschäfts gerichtet ist, die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts verlangt, dagegen die Fortführung eines unentgeltlich zugefallenen Geschäfts nirgends erwähnt, so ist hier unbeschränkte Verfügungsmacht des Vormunds anzunehmen.

Es fragt sich nun, wer in diesem Falle Kaufmann ist, der Vormund ,der das Geschäft in Wirklichkeit betreibt, oder die Mündel, für die es betrieben wird. Nach H.G.B. § 1 ist Kaufmann, wer ein Handelsgewerbe betreibt. Nach fast allgemein geltender Ansicht ist darunter zu verstehen, wer ein Handelsgewerbe im eigenen Namen betreibt. Dies ist das Entscheidende, nicht die persönliche Tätigkeit. „Wenn also, sagt Cosak,[1]) ein Kind ein kaufmänni-
„sches Geschäft ererbt, und der Vormund das Ge-
„schäft im Namen des Kindes leitet, so ist Kaufmann
„das Kind, nicht der Vormund." In unserem Falle sind also die Mündel als Kaufleute anzusehen. Auch dann,

wenn das Geschäft nicht in ihrem wahren Familiennamen betrieben wird, sondern etwa unter der ererbten Firma. Denn nach H.G.B. § 17 ist die Firma der Name des Kaufmanns, unter dem er Handel treibt, m.a.W. sein Handelsname. Also auch in dem zuletzt angenommenen Falle wird das Geschäft im Namen, wenn auch nur im Handelsnamen, der Kinder betrieben;, sie sind also auch hier als Kaufleute anzusehen.

Der Vormund wird dagegen infolge seiner vormundschaftlichen Tätigkeit nicht Kaufmann, wie aus dem soeben Ausgeführten hervorgeht. Court[16]) legt ihm die Stellung eines zum Betrieb des Handelsgeschäfts ermächtigten Handlungsbevollmächtigten bei.In der Tat kommt der Vormund,wenn man seine Befugnisse in's Auge fasst, einem solchen am nächsten.Aber meiner Meinung nach,ist seine Stellung überhaupt nicht unter einem handelsrechtlichen Gesichtspunkt zu beurteilen.Alle seine Befugnisse, wie seine Verpflichtungen rühren lediglich aus seiner zivilrechtlichen Stellung als Vormund her,und von diesem Standpunkte aus ist er juristisch zu beurteilen.Auch stimme ich Court darin nicht bei,dass der Vormund nicht zum Prokuristen des Handelsgeschäfts seiner Mündel ernannt werden könne. Allerdings ist selbst ein gemäss § 1825 B.G.B. allgemein ermächtigter Vormund immer noch beschränkter in seinen Befugnissen als ein Prokurist. So kann z.B. ein Vormund nicht generell ermächtigt werden, Pachtverträge über ein Landgut oder einen gewerblichen Betrieb abzuschliessen oder, was Court erwähnt, Vergleiche oder Schiedsverträge über einen Gegenstand einzugehen, der mehr als 300 M wert oder überhaupt nicht in Geld abschätzbar ist. Dagegen fallen diese Befugnisse wohl in den Wirkungskreis des Prokuristen, soweit sie der Betrieb eines Handelsgeschäfts mit sich bringt. Allem dem gegenüber

[16]) Juristen-Zeitung IX. Jahrgang No. 4.

scheint mir jedoch § 1822 No. 11 ausschlaggebend zu sein, welcher besagt, dass zur Erteilung einer Prokura die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts erforderlich ist. Demnach ist die Bestellung eines Prokuristen im Geschäfte eines Minderjährigen an sich zulässig. Wenn aber überhaupt jemand mit den weitgehenden Befugnissen eines Prokuristen ausgestattet werden kann, dann ist doch kein Grund einzusehen, weshalb gerade der Vormund, der gesetzliche Vertreter, davon ausgeschlossen sein soll. Es würde dies doch nur eine Erschwerung des Geschäftsgangs bedeuten. Auch die Frage, durch wen die Ernennung zum Prokuristen erfolgen soll, scheint mir einfach zu lösen zu sein. Der Vormund selbst kann es gemäss § 181 nicht tun, ist vielmehr an der Besorgung dieser Angelegenheit verhindert. In einem solchen Falle kann aber noch § 1909 ein Pfleger bestellt werden. Und der Ernennung durch diesen steht nichts entgegen.

Durch den Erbfall werden nun die Minderjährigen ebenfalls zu einer Erbengemeinschaft vereinigt. Und es fragt sich nun, ob auch hier eine offene Handelsgesellschaft entstehen kann, wenn der Vormund das Geschäft nicht nur zum Zweck der Auseinandersetzung, sondern auf längere Zeit hinaus fortführen will, etwa bis zur Grossjährigkeit seiner Mündel. Notwendiges Erfordernis ist natürlich auch hier ein Gesellschaftsvertrag. Dieser gehört zu den gegenseitigen Verträgen, ist also ein Vertrag, durch den die Parteien sämtlich berechtigt, aber auch verpflichtet werden, enthält mithin eine Willenserklärung, durch die nicht lediglich ein rechtlicher Vorteil erworben wird. Einen solchen Vertrag kann aber gemäss B.G.B. § 107 ein Minderjähriger nicht selbständig eingehen, sondern bedarf dazu seines gesetzlichen Vertreters. Wenn nun die minderjährigen Erben unter sich einen Gesellschaftsvertrag abschliessen wollten, so müsste der Vormund gleichzeitig

als gesetzlicher Vertreter aller Contrahenten auftreten. Das ist aber nach B.G.B. §1795 Absatz 2, der auf § 181 verweist, nicht angängig. Der Vormund kann nicht als Vertreter eines Mündels mit sich als dem Vertreter des zweiten oder dritten Mündels einen Vertrag abschliessen. Allerdings lässt § 181 zwei Ausnahmen von dieser allgemeinen Regel zu. Einmal, wenn das Rechtsgeschäft lediglich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit besteht. Davon aber kann hier nicht die Rede sein; eine Verpflichtung zur Eingehung des Gesellschaftsvertrages besteht in keiner Weise. Die zweite Ausnahme bildet der Fall, dass dem Vertreter ein anderes gestattet ist. Hier, wo es sich um einen gesetzlichen Vertreter handelt, könnte dies Gestatten nur vom Gesetz ausgehen. Eine dahingehende Bestimmung findet sich jedoch nirgends. Cosack[17]) meint zwar, dass hier das Vormundschaftsgericht die Erlaubnis erteilen könne; eine Begründung fügt er dieser Behauptung nicht bei. Meines Erachtens lässt sie sich auch nicht aufrecht erhalten. Eine besondere Bestimmung enthält das Gesetzbuch darüber nicht. Und auch daraus lässt sich nichts folgern, dass nach § 1825 das Vormundschaftsgericht dem Vormund eine allgemeine Ermächtigung zur Vornahme von Geschäften erteilen kann, die eigentlich der jedesmaligen Genehmigung des Gerichts bedürften. Denn § 1825 will lediglich den Geschäftsgang vereinfachen, den Bedürfnissen des praktischen Lebens entgegenkommen, dagegen nicht eine grundsätzliche Erweiterung der vormundschaftlichen Gewalt statuieren. Dazu ist das Vormundschaftsgericht, auch gar nicht befugt. Denn es hat nicht mehr Macht, als das Gesetz ihm ausdrücklich beilegt. Könnte das Vormundschaftsgericht die vormundschaftliche Gewalt beliebig über den vom Gesetz gegebenen Rahmen

[17]) Bürgerl. Recht. Bd. I. S. 68 r b.

hinaus erweitern, so würden die gesetzlichen Schutzbestimmungen für die Bevormundeten leicht illusorisch werden können.Der Vormund kann also auf keinen Fall bei dem Vertragsabschluss als Vertreter aller Mündel fungieren, wäre mithin an der Besorgung einer Angelegenheit rechtlich verhindert, und es müsste demnach gemäss B.G.B. § 1909 ein Pfleger bestellt werden. Wenn es sich aber um mehr als zwei Erben handelt, so würde ein Pfleger allein wiederum nicht genügen. Denn da nach § 1915 die für die Vormundschaft geltenden Regeln auch auf die Pflegschaft entsprechende Anwendung finden, so gilt § 1795 Absatz 2 auch für den Pfleger. Auch er kann gemäss § 181 nicht mehrere Mündel bei dem Vertragsabschluss vertreten. Es müsste also für alle Erben mit Ausnahme eines je ein Pfleger bestellt werden. Denn da ja beim Abschluss des Vertrags ein kollidierendes Interesse des Vormunds nicht vorliegt ,so kann er eines der Mündel vertreten. Des Weiteren bedürfte es aber auch noch der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts. Denn wenn auch, wie schon erwähnt, zur Fortführung des Geschäfts keine Genehmigung erforderlich ist, ist dies nach B.G.B. § 1822 No. 3 wohl der Fall, wenn wie hier ein Gesellschaftsvertrag zum Betrieb eines Erwerbsgeschäfts eingegangen werden soll. Unter diesen Umständen kann nun von einem stillschweigenden Vertragsabschluss nicht die Rede sein. Denn selbst wenn man bei den Erben darauf gerichtete Willenserklärungen als stillschweigend abgegeben annehmen wollte, und ebenso die Einwilligung des Vormunds, so wäre doch kein gültiger Vertrag zustandegekommen, da ja selsbt die ausdrücklich abgegebenen Erklärungen nicht genügt hätten, ganz abgesehen davon, dass die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts natürlich niemals als stillschweigend abgegeben angenommen werden darf.

Und hier ist auch ein etwaiger Firmenwechsel völlig irrelevant. Denn wenn sich der Wille der Erben und ihres Vormunds auch in dieser, deutlicher erkennbaren Weise äusserte, wäre es ohne Belang, da ja die Willenserklärung an und für sich nichtig wäre. Solange vielmehr der oben angeführte Apparat von Vormund, Pflegern und Vormundschaftsgericht nicht in Funktion getreten ist, kommt keine offene Handelsgesellschaft zustande, sondern die ursprüngliche Erbengemeinschaft besteht weiter. Da es aber im praktischen Leben äusserst selten vorkommen wird, dass man diese Anstalten trifft, so werden wir es auch meist nicht mit einer offenen Handelsgesellschaft in einem solchen Falle zu tun haben.

Es könnte nun vielleicht auffallend erscheinen, dass eine Erbengemeinschaft, deren Zweck doch in erster Linie die Abwickelung der Erbschaftsangelegenheiten ist, Jahre, vielleicht Jahrzehnte lang dauern soll. Allein eine Bestimmung, die dem entgegenstände, enthält das B.G.B. nicht. Und dass der Gesetzgeber auch eine längere Dauer einer solchen Erbengemeinschaft in's Auge gefasst hat, geht aus dem § 2038 Absatz 2 hervor, der besagt:

„Ist die Auseinandersetzung auf mehr als ein Jahr „ausgeschlossen, so kann jeder Erbe am Schlusse je- „des Jahres die Teilung des Reingewinnes verlangen.."

Es steht also unserer Construktion in dieser Hinsicht nichts im Wege.

Es ist nun aber auch der Fall in Betracht zu ziehen, dass sowohl grossjährige als auch minderjährige Erben vorhanden sind. Hier ist zu unterscheiden. Handelt es sich um mehrere minderjährige Erben, so liegt die Sache genau so wie oben. Ist dagegen nur ein Minderjähriger dabei, so liegt der Fall insofern anders, als der Vormund hier nur als Vertreter eines einzigen Contrahenten handelt. Seine Gegen-

kontrahenten sind nur die grossjährigen andern Miterben. Von einem Selbstkontrahieren ist also nicht die Rede. Und in dieser Beziehung wäre ein stillschweigender Vertragsabschluss wohl denkbar. Allein es besteht hier auch das zweite Erfordernis, die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts. Dadurch wird ein stillschweigender Vertragsabschluss unmöglich. Schliesslich ist nun auch noch an die Möglichkeit zu denken, dass der gesetzliche Vertreter der minderjährigen Erben selbst Erbe ist. Praktisch ist der Fall ja gar nicht so selten, dass die Witwe das Geschäft ihres verstorbenen Gatten, das ihr und den gemeinschaftlichen Kindern zusammen zugefallen ist, fortführt. Für unsere Frage steht Inhaber der elterlichen Gewalt und Vormund gemäss B.G.B. § 1643 gleich. Ja ,der Vertragsabschluss ist noch insoweit erschwert, als der Inhaber der elterlichen Gewalt selbst Partei ist, mithin gar keinen der Minderjährigen vertreten kann.

Und selbst gesetzt den Fall, die Erben nehmen eine Gesellschaftsfirma an, und der Vormund führt unter ihr das Geschäft weiter,so kommt dadurch doch noch keine offene Handelsgesellschaft zustande. Denn nach H.G.B. § 17 ist die Firma eines Kaufmanns der Name unter dem er im Handel seine Geschäfte treibt und Unterschriften abgibt. Die früher vertretene Ansicht,[18]) die Firma sei selbst Rechtssubjekt, ist heute allgemein fallen gelassen. Die Firma ist lediglich Name. Sie ist nur ein Mittel um zu bezeichnen, nicht ein Faktor, der selbständig von Geschäft und Geschäftsinhaber losgelöst auftreten könnte. Dies geht aus den Bestimmungen hervor, die das H.G.B. über die Firma enthält. Es spricht vom Schutz des Publikums vor falschen Firmen, vom Schutz des guten Glaubens den Firmen gegenüber, von der Verpflichtung zur Publikation der Firma, von der Firmeneinheit, von

[18]) S. Mommsen in Buschs Archiv Band XXXII, Seite 201 ff.

der Wirkung der Firmeneintragung in das Handelsregister, alles Bestimmungen ,die darauf hinweisen, dass die Firma dazu dienen soll, den Geschäftsverkehr sicherer und bequemer zu gestalten, „ein Interpretationsmittel[19])

„bei der Auslegung von Rechtsgeschäften zu sein." Sie ist ihrem Wesen nach, wenn man so sagen darf, „polizeilicher"[20]) Natur. Durch ihren Gebrauch soll die Kenntnis im geschäftlichen Leben erleichtert werden, mit wem man in Handelsbeziehungen eintritt. Die Firma dient so wohl zur Klärung von Rechtsbeziehungen, erzeugt aber selbst keine. Und wenn auch in einzelnen Fällen die Eintragung der Firma in's Handelsregister konstitutive Wirkungen hat, so ist dies weniger eine Folge aus dem Wesen der Firma als aus dem des Registers.

Aber selbst wenn in unserem Falle diese Gesellschaftsfirma in das Handelsregister eingetragen würde, so entstände auch dann noch keine offene Handelsgesellschaft, wenn nicht ein gültiger Vertrag vorliegt. Denn die Eintragung wirkt hier, wie bereits bemerkt, nur deklaratorisch. Sie beweisst lediglich, dass eine der Eintragung entsprechende Erklärung abgegeben worden ist. Ob aber die eingetragene Tatsache auch wahr ist, darauf bezieht sich die Beweiskraft des Registers nicht. Es ist daher immer der Gegenbeweis zulässig, dass eine offene Handelsgesellschaft nicht zustandegekommen ist.[21])

Wir sehen also, dass wenn auch nur ein einziger Minderjähriger unter den Erben ist, von einem stillschweigenden Eingehen einer offenen Handelsgesellschaft nicht die Rede sein kann, wie wir den Fall auch wenden und drehen.

Eine andere Frage ist jedoch die, ob nicht, wenn auch in Wirklichkeit keine offene Handelsgesellschaft vorliegt,

---

[19]) Vgl. Ehrenberg, Goldschmidts Zeitschrift Bd. 28. S. 52 ff.
[20]) „ Simon, „ „ „ 24. S. 148 ff.
[21]) Vgl. Entsch. des R.-G. Bd. I, S. 243.

trotzdem eine solche im Verkehr mit Dritten anzunehmen ist. Das H.G.B. hat zwar wie aus der stärkeren Betonung des Gesellschaftsbegriffs in § 105 hervorgeht, die Ansicht Labands[22]) nicht angenommen, der behauptete, dass bei der offenen Handelsgesellschaft eine Gesellschaft überhaupt nicht vorzuliegen brauche, dass das Innenverhältnis bei ihr gänzlich irrelevant sei, dass das Wesen der offenen Handelsgesellschaft lediglich in der Regelung der Schuldenhaftung den Gesellschaftsgläubigern gegenüber beruhe. Allein es besteht, wie Staub[23]) richtig ausführt,

„der Grundsatz von der Geltung als Kaufmann in-
„folge kaufmännischen Auftretens.

Jedoch möchte ich den Satz nicht in dieser allgemeinen Fassung anerkennen. Denn so wie Staub, ihn aufstellt, kann man daraus folgern, dass jemand durch sein blosses Auftreten sich die Kaufmannsqualität mit allen Vorteilen und Nachteilen erwerben könnte. Das aber geht zu weit. Dies wäre dann ja ein sehr einfaccher Weg, um sich allen Vorschriften des H. G. B. zum Trotz die Stellung eines Kaufmanns zu erringen. Der Satz ist vielmehr dahin einzuschränken, dass wer sich einem Dritten gegenüber als Kaufmann aufspielt, sich gefallen lassen muss, dass er diesem gegenüber als Kaufmann angesehen wird, wenn er auch in Wirklichkeit gar keiner ist. Und wenn einer durch Eintragung in das Handelsregister eine solche Erklärung, er sei Kaufmann, öffentlich abgibt, so muss er sich gemäss § 5 H.G.B. gefallen lassen, dass er allen Dritten gegenüber, die sich darauf verlassen, als solcher angesehen wird. Dasselbe gilt auch von den Handelsgesellschaften. Sind mehrere, die ein Handelsgeschäft betreiben, als offene Handelsgesellschaft in das Handelsregister eingetragen, so kann sich

---

[22]) Goldschmidts Zeitschrift Bd. 30. S. 525 ff.
[23]) S. 391.

ein Dritter darauf berufen, wenn auch vielleicht nach innen die eine oder die andere Voraussetzung fehlt. Bei Grundhandelsgeschäften aber bedarf es noch nicht einmal der Eintragung. Hier genügt schon der gemeinsame Geschäftsbetrieb unter gemeinschaftlicher Firma. So könnte man auch annehmen, dass sich die Erben in unserem Falle gefallen lassen müssten, Dritten gegenüber als offene Handelsgesellschaft angesehen zu werden. Allein man muss wohl im Auge behalten, was der Grund für die oben ausgeführte Folgerung ist. Der Grund liegt in dem Willen, als Kaufmann, resp. als offene Handelsgesellschaft erscheinen zu wollen. Ohne einen solchen Willen aber entfällt die ganze Beweisführung. Von einer rechtlich erheblichen Willensbildung und- äusserung kann aber, wie wir gesehen haben, hier nicht die Rede sein.

II. Haftung der Erben für die früheren Geschäftsverbindlichkeiten.

A) Bei Fortführung unter der alten Firma.

§ 4.

1) Innerhalb der Ausschlagungsfrist des B. G.-B.

Durch den Tod des Erblassers geht sein Vermögen als Ganzes auf seine Erben über. Diese werden Erben, ohne dass es einer besonderen Annahme der Erbschaft bedarf, sie haben jedoch gemäss B.G.B. § 1942 das Recht, die Erbschaft auszuschlagen. In unserem Falle steht dies Recht natürlich dem Vormund zu, der dazu aber seinerseits gemäss B.G.B. § 1822 No. 2 der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedürfte. Verloren geht nun das Ausschlagungsrecht einmal durch ausdrückliche Annahme, sodann durch unbenutzten Ablauf der für die Ausschlagung bestimmten Frist. Da wie bereits gesagt, eine besondere Annahme nicht notwendig ist, so charakterisiert sich die Annahmeerklärung des B.G.B. als Verzicht auf das Ausschlagungsrecht. Diese Annahmeerklärung kann sowohl ausdrücklich als auch stillschweigend erfolgen. In der Fortführung des Geschäfts ist jedoch eine solche Erklärung noch nicht zu erblicken. Denn um sich über den Stand des Nachlasses zu orientieren, bedarf es immerhin einiger Zeit, und es wäre eine ungerechtfertigte Härte, wollte man die Erben vor die Alternative stellen, entweder das Geschäft einstweilen zu schliessen oder auf das Ausschlagungsrecht zu verzichten. Vielmehr ist die Fortführung des Geschäfts nur eine Massnahme zur ordnungsgemässen Verwaltung des Nachlasses, da durch die einstweilige Schliessung das Geschäft sehr verlieren könnte. Ein Wille, die Erbschaft anzunehmen, braucht nicht darin

verkörpert zu sein. Das geht auch schon aus der Bestimmung des H.G.B. § 27 Absatz 2 Satz 3 hervor, dass die hier zur Einstellung des Geschäfts gewährte Frist nicht vor dem Ablauf der Ausschlagungsfrist des B.G.B. enden könne. Diese Vorschrift hätte aber gar keinen Sinn, wenn in der Fortführung des Geschäfts bereits eine Annahme der Erbschaft läge. Die Ausschlagungsfrist beginnt nun nach § 1944 mit dem Zeitpunkt, in dem die Erben von dem Anfall der Erbschaft und dem Grunde der Berufung Kenntnis erlangt haben, und dauert regelmässig 6 Wochen; für den Fall, dass der Erblasser seinen letzten Wohnsitz nur im Ausland gehabt hat, oder wenn sich ein Erbe beim Beginn der Frist im Ausland aufhält, dauert sie 6 Monate. So kann es kommen, dass bei einer Mehrheit von Erben die Frist für die einzelnen verschieden lang ist, je nachdem sie von dem Erbfall Kenntnis erlangt haben, und je nachdem sie sich zur Zeit des Erbfalls im In- oder Ausland aufhalten. Bei minderjährigen Erben fällt dieser Unterschied aber weg, da es hier auf die Kenntnis und den Aufenthalt des Vormunds allein ankommt gemäss B.G.B. § 166 Abs. 1. Für unsern Fall ist noch von besonderer Bedeutung § 1144 Absatz 2 Satz 3, der die entsprechende Anwendung des § 206 vorschreibt. Darnach fängt für eine geschäftsunfähige oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Person, die ohne gesetzlichen Vertreter ist, eine Frist nicht eher an zu laufen, als bis sie unbeschränkt geschäftsfähig geworden oder der Mangel der Vertretung gehoben ist; jedoch wird der Lauf von Fristen über 6 Monaten auf dieses Zeitmass reduziert. Für den Fall also, dass die Minderjährigen durch den Erbfall ihres gesetzlichen Vertreters beraubt werden, läuft die Sechs-Wochen-, resp. Sechs-Monats-Frist erst von der Bestellung des Vormunds an.

Während dieser Frist nun — vorausgesetzt, dass der Vormund die Annahme nicht sonstwie erklärt hat, — kann nach B.G.B. § 1958 ein Anspruch, der sich gegen den Nachlass richtet, wozu selbstverständlich auch die Geschäftsschulden des Erblassers gehören, gegen die Erben nicht geltend gemacht werden. Und in entsprechender Weise besagt C.P.O. § 778 Absatz 1, dass, solange der Erbe die Erbschaft nicht angenommen habe, eine Zwangsvollstreckung wegen einer Nachlassverbindlichkeit nur in den Nachlass zulässig ist. Aber auch in den Nachlass darf nur vollstreckt werden, wenn bereits vor dem Tode des Erblassers die Zwangsvollstreckung begonnen hatte. War das dagegen nicht der Fall, so bedürfte es erst eines Urteils gegen die Erben oder wenigstens, wenn bereits ein solches gegen den Erblasser vorhanden ist, einer Vollstreckungsklausel gegen die Erben.[1]) Darauf kann aber gegen sie nicht beantragt werden. Denn es fehlt ihnen die Passiv-Legitimation. Ein Gläubiger, der eine Forderung gegen den Nachlass geltend machen will, muss vielmehr gemäss § 1961 beim Nachlassgericht die Bestellung eines Nachlasspflegers beantragen und dann gegen diesen vorgehen. In einem solchen Falle gehen dann nach § 1962 zum besseren Schutze der Minderjährigen die Funktionen des Vormundschaftsgerichts auf das Nachlassgericht über. Auf keinen Fall kann während dieser Zeit von einer Haftung der Minderjährigen mit ihrem Privatvermögen für die früheren Geschäftsschulden die Rede sein. Schlägt der Vormund rechtzeitig mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts aus, so gilt nach § 1953 der Anfall als überhaupt nicht erfolgt, und die Mündel sind von jeder Haftung frei.

[1]) Vgl. Gaupp-Stein, II, S. 485.

2. Nach endgültiger Annahme der Erbschaft.

§ 5.

Allgemeines.

Hat der Vormund dagegen das Geschäft über diese Frist hinaus fortgeführt oder die Annahme der Erbschaft — sei es ausdrücklich, sei es durch pro herede gestio — erklärt, so sind seine Mündel nunmehr endgültig Erben geworden und haften nun wie für alle Nachlassschulden so auch für die Geschäftsverbindlichkeiten ihres Vorgängers zunächst nach den erbrechtlichen Bestimmungen des B.G.B. Dazu kommt aber nun noch speziell für die Geschäftsschulden eine besondere handelsrechtliche Haftung gemäss § 27 H.G.B. Dieser weist auf § 25 H.G.B. hin der entsprechende Anwendung finden solle. Entsprechend umgeformt lautet er folgendermassen:

„Wird ein zu einem Nachlass gehörendes Handels-
„geschäft von dem Erben unter der bisherigen Firma
„mit oder ohne Beifügung eines das Nachfolgever-
„hältnis andeutenden Zusatzes fortgeführt, so haftet
„der Erbe für alle im Betrieb des Geschäfts begrün-
„deten Verbindlichkeiten des früheren Inhabers. Eine
„abweichende Vereinbarung ist einem Dritten gegen-
„über nur wirksam, wenn sie in das Handelsregister
„eingetragen und bekannt gemacht oder von dem
„Erben dem Dritten mitgeteilt worden ist.

„Wird die Firma nicht fortgeführt, so haftet der
„Erbe eines Handelsgeschäfts für die früheren Ge-
„schäftsverbindlichkeiten nur, wenn ein besonderer
„Verpflichtungsgrund vorliegt, insbesondere, wenn die
„Uebernahme der Verbindlichkeiten in handelsübli-
„cher Weise von dem Erben bekannt gemacht worden
„ist." Sodann wörtlich noch § 27 Absatz 2. Ueber

die Berechtigung der Uebernahme des § 25 Absatz 2 siehe unten!

§ 27 Absatz 1 spricht von „den früheren Geschäftsverbindlichkeiten," während in § 25 Absatz 1 von „im Betrieb des Geschäfts begründeten Verbindlichkeiten des früheren Inhabers" die Rede ist. Daraus schliesst Cohn,[2]) dass in § 27 etwas anders gemeint sei als in § 25. Der Begriff „frühere Geschäftsverbindlichkeiten" sei weiter, er umfasse auch die Schulden, die zur Eröffnung des Geschäftsbetriebs gemacht worden seien, während man diese nicht als „im Betrieb des Geschäfts begründet" bezeichnen könne. Er fasst darnach den Begriff „Geschäftsverbindlichkeit im weitesten Sinne und versteht darunter alle Verbindlichkeiten, die mit dem Geschäft in irgend welcher Beziehung stehen. Ebensogut kann man aber auch den Begriff enger fassen und darunter nur solche Schulden verstehen, die im Betrieb des Geschäfts eingegangen wurden. Im praktischen Leben verwendet man für beide Kategorien den Ausdruck Geschäftsschulden. Was der Gesetzgeber in § 27 damit besagen wollte, lässt sich aus der Sache selbst nicht ersehen. Beides wäre möglich. Meiner Meinung hat der Gesetzgeber beide Male dasselbe gemeint und nur beim zweiten Mal den längeren Ausdruck durch einen kürzeren ersetzt. Das geht daraus hervor, dass sich schon im § 25 die beiden Ausdrücke nebeneinander finden. Und es steht doch ausser allem Zweifel, dass in § 25 Absatz 3 dasselbe gemeint ist, wie in Absatz 1. Denn ein Grund, weshalb der Erwerber unter Lebenden, der die Firma wechselt und die Schulden durch einen besonderen Verpflichtungsgrund übernimmt, für einen weiteren Kreis von Schulden haften soll als der, der die alte Firma fortführt, ist nicht einzusehen. Es ist hier in Absatz 3 nur ein kürzerer Ausdruck für den im Absatz 1 normierten Be-

[2]) Gruchots Beiträge Bd. 42. S. 53.

griff gewählt, wie dies dann auch in § 27 Absatz wiederholt wurde.[3]) Zu den früheren Geschäftsverbindlichkeiten gehören nun alle Schulden, die zu Lebzeiten des Erblassers im Geschäft entstanden sind, sei es aus Vertrag, Delikt oder auf Grund besonderer Gesetzvorschrift, etwa infolge ungerechtfertigter Bereicherung.

Es wird jedoch nicht immer leicht sein, genau zwischen Geschäfts- und Privatschulden im Einzelfall zu scheiden. Denn nicht alle Handelsverbindlichkeiten, die ein Kaufmann eingeht, muss er im Betrieb seines Geschäfts eingehen. Und andrerseits gelangen wir vielfach erst zum Begriff eines Handelsgeschäfts dadurch, dass es im Betrieb des Geschäfts abgeschlossen wird. Ein Hilfsmittel in dieser Beziehung bildet H.G.B. § 344, welcher besagt, dass die von einem Kaufmann vorgenommenen Rechtsgeschäfte im Zweifel als zum Betrieb seines Handelsgewerbes gehörig gelten, und dass die von einem Kaufmann gezeichneten Schuldscheine als im Betrieb seines Handelsgewerbes gezeichnet gelten, sofern nicht aus der Urkunde sich das Gegenteil ergiebt. Zwar ist § 344 aus dem alten Handelsgesetzbuch übernommen worden, in dem der Uebergang eines Handelsgeschäfts noch nicht geregelt war. Es ist also bei seiner Fassung dieser Fall nicht berücksichtigt worden. Allein § 344 stellt einen Rechtssatz ganz allgemeiner Art auf und gilt daher auch für Fälle, an die der Gesetzgeber bei seiner Schaffung speziell nicht gedacht hat.[4])

In der Literatur herrschen nun verschiedene Ansichten darüber, ob der ganze § 344 hier anwendbar ist oder nur Absatz 1. Und zwar vertreten Staub[5]) und Düringer-

[3]) Vgl. hierzu: Goldmann S. 130.
Schultess S. 10.
Staub S. 25, ss.
[4]) Vgl. Bolte S. 441.
[5]) S. 132.

Hachenburg[6])die letztere Ansicht,während fast die gesamte übrige Literatur den ganzen § 344 angewendet wissen will. Auch ich kann Staub nicht beipflichten. Denn die Bestimmungen des Absatz 1 und 2 sind im Prinzip gleichartig. Beide wollen Präsumtionen aufstellen. Der Unterschied liegt nur in der Art des eventuellen Gegenbeweises. Das ist aber rein formell und rechtfertigt keine solche Unterscheidung.

§ 344 gilt jedoch nur für Verbindlichkeiten aus Rechtsgeschäften. Seine Vermutung greift für die beiden andern Kategorien von Verpflichtungen nicht Platz. Ferner muss man beachten, dass in ihm von „Handelsgewerbe" die Rede ist ,während die §§ 25-27 von Handelsgeschäft" sprechen. Hat der Erblasser nun mehrere Geschäfte betrieben, so bezieht sich die Haftung des Erben doch nur auf die Schulden, die zu dem Geschäft gehören, das ihm zugefallen ist.

---

[6]) S. 117.
[7]) Vgl. Bolte S. 440 und dort angegebene Litteratur. Schultes S. 11. Anmerkung 9.

§ 6.

Innerhalb der Frist des § 27 Absatz 2 H.-G.-B.

Führt nun der Vormund das Geschäft für die Mündel fort, so tritt dadurch gemäss H.G.B. § 27 eine unbeschränkte Haftung der Mündel für die früheren Geschäftverbindlichkeiten ein, weder beschränkt auf das Geschäftsvermögen noch auf den Nachlass. Und zwar haften sie in dieser Weise völlig unabhängig davon, wie sich ihre sonstige rechtliche Lage gestaltet. Das Gesetz ist jedoch auch hier von der Erwägung ausgegangen, dass, um einen Ueberblick über die Geschäftslage zu gewinnen, eine längere Ueberlegungszeit notwendig ist, und lässt daher diese Haftung nicht schon sofort mit der Tatsache der Geschäftsfortführung eintreten, sondern gewährt wiederum eine Frist. Nach § 27 Absatz 2 Satz 1 tritt nämlich diese unbeschränkte Haftung nicht ein, wenn die Fortführung des Geschäfts vor dem Ablauf von drei Monaten nach dem Zeitpunkt, in welchem der Erbe von dem Anfall der Erbschaft Kenntnis erlangt hat, eingestellt wird. Diese Frist läuft eine Zeit lang gleichzeitig mit der Ausschlagungsfrist des B.G.B. § 1944. Regelmässig dauert sie noch 6 Wochen länger. Da ihr Lauf aber schon mit der erlangten Kenntnis von dem Erbanfall beginnt, bei der Ausschlagungsfrist dagegen auch noch die Kenntnis von dem Grunde der Berufung hinzukommen muss, so kann, ganz abgesehen von § 1944 Absatz 3, die Ausschlagungsfrist unter Umständen auch später enden. Alsdann läuft aber die Einstellungsfrist gemäss § 27 Absatz 2 Satz 3 doch nicht eher ab, als die Ausschlagungsfrist. So kann es vorkommen, dass die Einstellungsfrist länger dauert als drei Monate. Dies ist auch noch in einigen anderen Fällen möglich. Einmal immer dann, wenn der Lauf der Ausschlagungsfrist später beginnt,

so im Falle des § 1944 Absatz 2 Satz 2 u. des § 2306 B.G.B.[8]) Sodann aber auch noch infolge der Verweisung von § 27 Absatz 2 Satz 2 auf B.G.B. § 206. Darnach fängt auch diese Einstellungsfrist für einen Geschäftsunfähigen oder in der Geschäftsfähigkeit Beschränkten ohne Vertreter erst an zu laufen, wenn volle Geschäftsfähigkeit eingetreten oder der Mangel der Vertretung gehoben ist. Es besteht hier in der Literatur eine Kontroverse darüber, in welchen Fällen diese Verlängerung der Frist eintreten soll.[9]) Meiner Meinung nach ist der Kreis dieser Fälle möglichst weit zu ziehen. Denn aus der ganzen Regelung der Frage geht unverkennbar der Wille des Gesetzgebers hervor, dass die Frist unter keinen Umständen ihren Lauf nehmen soll, solange die Erben nicht voll geschäftsfähig oder gehörig vertreten sind. Wenn daher schon durch den Erbfall oder innerhalb der Frist ein Vertreter notwendig wird oder ein bereits vorhandener innerhalb der Frist wegfällt, überall läuft deshalb die Frist nicht; sondern erst nach Eintritt der vollen Geschäftsfähigkeit oder ausreichender Vertretung beginnt die Dreimonatsfrist ihren Lauf. Ueber die juristische Natur dieser Einstellungsfrist gehen die Meinungen in der Literatur auseinander. Einer scharfen juristischen Fixierung gehen Staub,[10]) der von einer Versuchsfrist, und Lehmann-Ring,[11]) die von einem Schwebezustand sprechen, aus dem Wege. Als eine auflösende Bedingung charakterisiert sie Makower, und in demselben Sinne meint Cosack,[12]) der Erbe könne durch die Einstellung die Haftung wieder abstreifen. Diese beiden Schriftsteller nehmen also an, dass die Haftung bereits mit dem Anfang

[8]) Hierzu vgl. Schultess S 26/27.
[9]) Vgl. Staub S. 154. Dürringer-Hachenburg S. 136. Bolte S. 452. Schultess S. 28.
[10]) S. 154.
[11]) S. 99.
[12]) S. 73.

der Frist eintritt, durch die Einstellung aber wieder erlischt. Dies ist jedoch mit dem Wortlaut des Gesetzes nicht in Einklang zu bringen, welches nicht von einem Wiedererlöschen oder ähnl. spricht, sondern von einem Nichteintreten. Es ist vielmehr der Meinung Boltes[13]) und Düringer-Hachenburg[14]) beizutreten, dass während der Frist überhaupt keine Haftung eintritt — nihil actum est —, weil eben die Frist eine Ueberlegungsfrist für den Erben sein soll. Wenn nun während der Frist ein Gläubiger die Erben oder einen derselben belangt, so sind sie nun, weil sie definitiv Erben geworden sind, passiv legitimiert. Da jedoch die Haftung aus H.G.B. § 27 noch nicht eingetreten ist, so entscheiden hier lediglich die allgemeinen erbrechtlichen Sätze des B.G.B. Und wenn der Vormund innerhalb der Frist das Geschäft einstellt, wozu er übrigens der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts gemäss B.G.B. § 1823 bedarf, so tritt diese Haftung aus § 27 H.G.B. definitiv nicht ein, und die Haftung für die Geschäftsschulden richtet sich wie die für die andern Nachlassverbindlichkeiten ausschliesslich nach B.G.B. Wie diese sich im Einzelnen gestaltet, darauf wird weiter unten eingegangen werden.

Hier soll jedoch noch etwas über den Begriff: „Einstellung des Geschäftsbetriebs gesagt werden. Staub[15]) und Schultess[16]) verstehen darunter völlige Auflösung und und Vernichtung des Geschäftsorganismus. Dagegen gehen Bolte[17]) Makower[18]) und auch Düringer-Hachenburg[19]) nicht so weit, sondern wollen auch schon Aenderung der Firma und Verkauf des Geschäfts innerhalb

[13]) S. 446.
[14]) S. 125.
[15]) S. 154.
[16]) S. 30.
[17]) S. 447.
[18]) S. 68.
[19]) S. 126.

der Frist als Einstellung des Geschäfts ansehen. Meiner Meinung wird diese Frage von einem ganz falschen Standpunkt aus betrachtet. § 27 Absatz 2 will einen Wegfall der Haftung aus § 27 Absatz 1 unter gewissen Voraussetzungen statuieren. Damit dies aber möglich ist, muss doch zuerst die Haftung selbst entstanden sein. Nun ist aber sowohl Fortführung unter der alten Firma als auch Fortführung durch den Erben Voraussetzung für den Eintritt der Haftung.[20]) Fällt eine dieser beiden Grundlagen der Haftung innerhalb dieser Frist weg, so ist auch die Haftung selbst nicht mehr gegeben. Aenderung der Firma und Verkauf des Geschäfts bewirken also, dass die Haftung aus § 27 nicht eintritt, aber nicht, weil sie etwa gleichbedeutend mit Einstellung des Geschäfts wären, sondern weil sie notwendige Voraussetzungen der Haftung selbst zerstören.

[20]) Vgl. hierzu Schultess S. 7.

§ 7.

Nach Ablauf der Frist des § 27 Abs. 2 H.-G.B. ohne Anwendung des § 25 Abs. 2.

Hat der Vormund dagegen das Geschäft über die Frist des § 27 Absatz 2 H.G.B. hinaus fortgeführt, so kommt es nun darauf an, ob er sich der Beschränkungsmittel des § 25 Absatz 2 bedient hat. Ist dies nicht der Fall, so haften nunmehr seine Mündel für die Geschäftsschulden unbeschränkt und unbeschränkbar mit ihrem ganzen etwaigen Vermögen.

Wie diese Haftung nun zu konstruieren ist, ist lebhaft bestritten. Bolte[1]) legt das Schwergewicht auf die Verweisung auf § 25 und misst so dem § 27 ebenfalls rechtserzeugende Kraft bei, konstruiert daher eine neue, „direkte" Haftung neben der allgemeinen erbrechtlichen. Dagegen spricht sich eine Reihe anderer Schriftsteller, so Lehmann-Ring,[2]) Düringer-Hachenburg,[3]) Schultess,[4]) dahin aus, dass es sich lediglich um eine Ausgestaltung und zwar eine Verschärfung der allgemeinen erbrechtlichen Haftung handle. Einen Fingerzeig gibt hier die Denkschrift zum Handelsgesetzbuch,[5]) welche besagt, dass der Erbe mit seinem ganzen Vermögen ohne Rücksicht auf erbrechtlichen Beschränkungen seiner Haftung haften solle. Daraus geht hervor, dass der Hauptton auf dem Wegfall der Beschränkungsmöglichkeiten ruht. Nicht dass eine neue Haftung entsteht, ist die Hauptsache, sondern dass die eventuellen Beschränkungen der bereits bestehenden beseitigt werden. Diese Auslegung erscheint mir als die ungezwungenste. Wenn auch § 27 auf § 25 verweist,

[1]) S. 435.
[2]) S. 98.
[3]) S. 127.
[4]) S. 37.
[5]) S. 3159.

so ist damit noch nicht gesagt, dass nun auch in § 27 wie in § 25 eine neue Haftung konstruiert werden müsse. Denn während in § 25, weil hier noch gar keine Haftung des Erwerbens vorhanden ist, notwendig eine neue geschaffen werden muss, braucht in § 27 nur die bereits vorhandene erbrechtliche Haftung noch ausgestaltet zu werden, um in „entsprechender" Weise dasselbe Resultat zu erhalten. Auch die Beispiele, die Bolte[6]) anführt, um die Notwendigkeit einer besonderen direkten Haftung zu beweisen, lassen sich mit unserer Auffassung sehr wohl in Einklang bringen. Dass der Erbe unter Umständen, wie z. B. bei einer nachträglich angeordneten Nachlassverwaltung einzelnen Nachlassgläubigern unbeschränkt, anderen dagegen beschränkt haftet, ist wie B. G. B. § 2013 zeigt, auch im System der civilrechtlichen Haftung möglich. Ebenso ist auch bereits nach B. G. B. § 2145 Absatz 2 möglich, dass der Vorerbe nach Eintritt der Nacherbschaft gewissen Nachlassgläubigern gegenüber persönlich haftet. Dazu bedarf es nicht erst der Konstruktion einer besonderen direkten Haftung. Was aber das Beispiel betrifft, dass die Erbschaft dem Erben nachträglich wieder entzogen wird, so bemerkt Schultess[7]) mit Recht, dass hier Bolte zu einem unrichtigen Resultat kommt. Er übersieht eine Voraussetzung der Haftung aus § 27, nämlich die, dass das Geschäft von dem Erben fortgeführt werden muss. Zeigt es sich daher nachträglich, dass der Fortführende gar nicht Erbe gewesen ist, so haftet er auch nicht aus § 27.

Das H.G.B. regelt jedoch nur die Frage, ob die Haftung beschränkt oder unbeschränkt ist, enthält dagegen nichts darüber, ob die Erben solidarisch oder anteilig haften. Wir müssen daher zur Erledigung dieses Punk-

[6]) S. 437 ff.
[7]) S. 39.

tes auf das B.G.B. zurückgreifen, und zwar auf die Bestimmungen über die Erbengemeinschaft. Nach § 2058 haften die Erben prinzipiell als Gesamtschuldner. Eingeschränkt wird dies jedoch durch die weiteren Paragraphen. Hier kommt es nun darauf an, ob der Nachlass geteilt ist oder nicht. Wann aber ein Nachlass als geteilt anzusehen ist, steht nicht so ohne Weiteres fest. Cosack[8]) meint, der Nachlass dürfe nicht eher als geteilt angesehen werden, als bis die Teilung den letzten Gegenstand betroffen habe. Dem gegenüber sieht Hachenburg[9]) den Nachlass bereits dann als im Sinn des § 2059 geteilt an, wenn auch nur ein Gegenstand geteilt worden ist. Ebenso Binder.[10]) Eine vermittelnde Stellung nimmt Endemann[11]) ein, der es auf den realen Vollzug ankommen lassen will, ob in Wahrheit bereits die Einheit des Nachlassvermögens aufgelöst sei. Derselben Meinung ist Planck[12]) Dieser vermittelnde Standpunkt ist auch meiner Meinung nach der richtige. Es kommt ganz auf den einzelnen Fall und den speziellen Willen der Beteiligten an. Es kann sehr wohl sein, dass die Erben die Gemeinschaft noch bestehen lassen wollen und noch lange Zeit darin verbleiben, und trotzdem schon imAnfang einigeGegenstände unter sich verteilen. Und andrerseits kann eine völlige Auseinandersetzung beabsichtigt sein und in Wahrheit auch erfolgen, ohne dass gerade alles bis auf die letzten Kleinigkeiten geteilt wird. Oft wird es sich empfehlen, einen schwer veräusserlichen Gegenstand, eine zweifelhafte Forderung etc. gemeinsam zu belassen, wenn auch alles andere bereits geteilt ist. Sollen doch ferner z.B. nach § 2047 B.G.B. Schriftstücke,die sich auf persönliche Verhältnisse des Erb-

[8]) Bd. II, S. 372.
[9]) 2. Auft. S. 704.
[10]) Band III, S. 319. Anm. 24 und 335.
[11]) Band III, S. 507.
[12]) Bemerkungen zu 2059.

lassers beziehen, und ähnl. immer gemeinschaftlich bleiben. Wenn nun ein Handelsgeschäft zu dem Nachlass gehört und von den Erben gemeinschaftlich fortgeführt wird, so wird man wohl im Allgemeinen annehmen ,dass der Nachlass noch ungeteilt ist. Denn in der Regel bildet ein solches Geschäft einen so wesentlichen Bestandteil des Vermögens, dass vor seiner Teilung die Gemeinschaft noch als bestehend anzusehen ist. Möglich ist jedoch auch, dass eine rechnerische Auseinandersetzung bis in alle Einzelheiten stattgefunden hat und das Geschäft doch gemeinsam bleibt. Alsdann haben wir es mit einem geteilten Nachlass zu tun. Beides ist also in's Auge zu fassen.

Nehmen wir zuerst den Fall, dass der Nachlass noch ungeteilt ist, so wird die im § 2058 statuierte Solidarhaft eingeschränkt durch § 2059 Absatz 1 Satz 2, wonach jeder Miterbe ,der für eine Nachlassverbindlichkeit unbeschränkt haftet ,doch vor der Teilung mit seinem sonstigen Vermögen nur für einen seinem Erbteil entsprechenden Teil der Nachlassverbindlichkeiten aufzukommen braucht. Und da ja in unserem Falle die Erben für die Geschäftsschulden unbeschränkt haften, so ist dieser Paragraph hier anzuwenden, wenn auch nicht gerade mit Borchardt[13]) anzunehmen ist,dass der Begriff der unbeschränkten Haftung des § 27 H.G.B. derselbe wie der des B.G.B.ist.Sachlich trifft es hier jedenfalls zu.Strohal war in der ersten Aufl.[14]) seines Erbrechts der Ansicht, es sei in § 2059 Absatz 1 Satz 2 auf das Worte e i n e Nachlassverbindlichkeit ein besonderer Ton zu legen. Das würde jedoch der ganzen Konstruktion der Miterbenhaftung widersprechen und zu eigenartigen Konsequenzen führen. Daher hat Strohal darin keine Nachfolger gefunden und schon in der zweiten Auflage[15]) seines Werkes selbst diese Meinung fallen gelassen. Je-

[13]) S. 140.
[14]) 1. Aufl. S. 148.
[15]) 2. „ S. 516.

der Erbe haftet also mit seinem Anteil am Nachlass solidarisch, mit seinem Vermögen, das er sonst noch besitzt, seinem Erbteil entsprechend; und da diese in einem Fall wie dem unsrigen wohl meist gleich gross sind, jeder zu einem gleichen Bruchteil. Für den Fall, dass ein oder der andrer Erbe kollationspflichtig ist, meint Strohal[16]), sei bei Berechnung des Teils, für den der Erbe unbeschränkt haftet, diese Verpflichtung in Anschlag zu bringen. Allein diese Ausgleichungsfrist bezieht sich nur auf das Verhältnis der Erben zu einander, wie ja § 2050 Absatz 1 besagt, dass die Erben das Empfangene bei der Auseinandersetzung „unter einander" zum Ausgleich zu bringen haben. Die Gläubiger geht dies nichts an. Die Berechnung des einzelnen Erbteils und damit auch der Höhe der Haftung geschieht also ohne Rücksicht auf eine etwaige Kollationspflicht.

Ein Gläubiger kann nun in erster Linie gemäss § 2059 Absatz 2 Befriedigung aus dem Nachlass von sämtlichen Erben als Gesamthandsschuldnern verlangen. Und solange der Nachlass Masse genug aufweist, ist dies wohl der einfachste Weg. Er kann aber zweitens, wenn das sonstige Vermögen der Erben mehr Erfolg verspricht, jeden Erben zu einem Bruchteil in Anspruch nehmen. Und in diesem Falle haften sie dafür unbeschränkt mit ihrem ganzen Vermögen. Drittens kann der Gläubiger aber auch, wenn er sich nur an den einen oder den andern halten will, dessen Anteil am Nachlass pfänden lassen und, soweit der Erlös nicht ausreicht, noch sein Privatvermögen bis höchstens zu dem entsprechenden Bruchteil in Anspruch nehmen. Einzelne Gegenstände kann er aus dem Nachlass nicht pfänden lassen. Denn daran hat ja keiner der Erben für sich allein ein Recht erworben, sondern nur alle Erben zusammen. Anders liegt die Sache

[16]) S. 534.

natürlich mit solchen Gegenständen, die bereits aufgeteilt worden sind. Diese sind aus dem Nachlass ausgeschieden und Privatvermögen des Einzelnen geworden. Sie unterliegen nun auch dem Zugriff der Gläubiger.

Das einzige, was dem Erben vor der Teilung vom Nachlass gehört ist sein Anteil am Gesamtnachlass. Dieser ist nach C.P.O. § 859 Absatz 2 pfändbar. Ihn muss sich der betr. Gläubiger gemäss C.P.O. § 835 überweisen lassen und kann ihn nun entweder, da er nach B.G.B. § 2033 der Veräusserung unterliegt, gemäss C.P.O. § 857 No. 5 versteigern lassen oder aber gemäss G.F.G. § 86 Absatz 2 die Vornahme der Auseinandersetzung beantragen.

Beides ist langwierig und kostspielig ,daher auch riskant. Deshalb stellt Wendt[17]) zum Schutz der Gläubiger die Behauptung auf, der Erbe müsse aus seinem Privatvermögen die Gläubiger in einer solchen Höhe befriedigen, als sein Anteil am Nachlass ausmacht. Allein dem stehen, wie Grundig[18]) richtig bemerkt, erhebliche Bedenken entgegen. Einmal fehlt es an jeder gesetzlichen Bestimmung in dieser Beziehung, und in den jetzigen Wortlaut darf man einen solchen Sinn nur mit grösster Vorsicht hinein interpretieren. Ein solches Verfahren bedinge aber erstens eine genaue ziffermässige Ausrechnung des Anteils, was an sich schon Weitläufigkeiten verursachte. Und sodann wäre es auch ungerecht, wollte man den Erben zwingen, in barem Gelde vorweg zu leisten, während doch über das Schicksal des Nachlasses und seines speziellen Anteils noch alles ungewiss ist. Die Meinung Wendts ist aus der richtigen Erkenntnis eines Missstandes entsprungen, lässt sich aber nicht aufrecht erhalten. Ich habe sie auch bei keinem

[17]) S. 430.
[18]) S. 19.

andern Schriftsteller gefunden.

Dagegen macht Eccius[19]) zwei andere Bedenken gegen die Zulässigkeit der Versteigerung des Anteils geltend. Einmal befürchtet er ‚dass dadurch eine Verschleuderung solcher Erbschaftsanteile Platz greifen werde, weil keine Taxe dafür bestehe. Allein dies ist eine rein tatsächliche Frage. Und selbst angenommen, dass in der Mehrzahl der Fälle, was übrigens noch gar nicht bewiesen ist, die Versteigerung zu einer Verschleuderung führte, so wäre dies doch nicht geeignet, eine so bestimmte gesetzliche Vorschrift, wie wir sie hier haben, ausser Kraft zu setzen, ganz abgesehen davon, dass es den Erben ja jeder Zeit möglich sein wird, einer solchen Verschleuderung durch gemeinsames Vorgehen vorzubeugen.[20]) Eccius[21]) äussert ferner Bedenken dagegen ‚dass durch den Zuschlag im Versteigerungstermine der Ersteher ohne Weiteres verpflichtet werden soll, den auf diesen Anteil entfallenden Teil der Nachlassverbindlichkeiten zu bezahlen. Dasselbe sehen wir aber auch beim Uebergang eines Anteils durch gerichtlichen oder notariellen Vertrag. Grundig[22]) sucht das so zu erklären, als ob der Ersteher sozusagen die Stellung eines Miterben erwerbe. Einer solchen Konstruktion bedarf es meiner Ansicht nach gar nicht. Nachdem das Gesetz einmal die Uebertragung eines ganzen Vermögens oder Vermögensanteils, zu dem natürlich auch Passiva gehören können, durch einen derartigen Akt zugelassen hat, ist doch an dem Uebergang von Schulden auf diese Weise nichts Absonderliches mehr zu erblicken.

Infolge der nach Handelsrecht eingetretenen unbeschränkten Haftung sind, wie bereits bemerkt, die zivil-

[19]) S. 804.
[20]) Derselben Ansicht Binder, III. Teil S. 300/301.
[21]) a. a. O.
[22]) S. 23.

rechtlichen Beschränkungsmittel dem Erben verloren gegangen, soweit die Geschäftsschulden in Betracht kommen. Eine etwaige Nachlassverwaltung oder =konkurs würde in dieser Beziehung ohne Wirkung sein. Ebenso würde ein Aufgebot nichts nützen. Denn ein Geschäftsgläubiger, der sich nicht meldete, würde trotzdem sein volles Anspruchsrecht behalten. Und endlich würden auch gemäss § 2016 die aufschiebenden Einreden der §§ 2014/15, da sie dem unbeschränkt haftenden Erben nicht zustehen, versagen.

Ist die Teilung des Nachlasses dagegen bereits erfolgt, so kommt nun die gesamtschuldnerische Haftung der Erben stärker zur Geltung als vor der Teilung. Denn nach § 2046 Satz 1 sollen aus dem Nachlass zunächst die Nachlassverbindlichkeiten berichtigt werden. Wird dies jedoch nicht befolgt, sondern bereits vorher zur Teilung geschritten, so tritt nunmehr gleichsam zur Strafe für die Nichtbeachtung dieser Gesetzesvorschrift eine Verschärfung der Haftung ein dergestalt, dass nun jeder Erbe nicht mehr bloss für den seinem Erbteil entsprechenden Teil einer Nachlassverbindlichkeit mit seinem eigenen Vermögen haftet ,sondern als Gesamtschuldner für alle Schulden in ihrer ganzen Höhe. Nur für den Fall, dass die Schuld an der vor Tilgung der Nachlassverbindlichkeiten erfolgten Teilung nicht an den Erben lag, statuiert das Gesetz einige Ausnahmen. Besonders kommt der Fall hier in Betracht, dass die Gläubiger ihre Forderungen nicht rechtzeitig angemeldet haben. Hier haben wir drei Ausnahmen von der Gesamthaft. B.G.B. § 2060 No. 1 bestimmt, dass ein Erbe nach der Teilung nur für den seinem Erbteil entsprechenden Teil einer Nachlassschuld aufzukommen hat, wenn der betr. Nachlassgläubiger im Aufgebotsverfahren ausgeschlossen wurde. Dieses Aufgebot ist wesentlich verschieden von dem des § 1973. Denn das

letztere regelt die Frage, ob beschränkt oder unbeschränkt gehaftet wird; hier dagegen handelt es sich darum, ob Gesamt- oder Teilhaftung eintritt. Daher kann auch, während ein Aufgebot im Sinne des § 1973 gemäss C.P.O. § 991 Absatz 1 nur von einem Erben beantragt werden kann, der noch nicht definitiv unbeschränkt haftet, nach C.P.O. § 997 Absatz 2 ein Aufgebot gemäss § 2060 No. 1 auch noch bei dieser Haftung erlassen werden. Ein weiterer Unterschied liegt logischer Weise auch im Inhalt des Aufgebots. Die Androhung bezieht sich hier nicht darauf, dass die Erben einem ausgeschlossenen Gläubiger gegenüber nur mehr beschränkt haften würden, — das hängt von ganz anderen Umständen ab — sondern gemäss C.P.O. § 1997 darauf, dass dem Gläubiger, der sich nicht rechtzeitig melde, jeder Erbe nur für den seinem Erbteil entsprechenden Teil der Verbindlichkeit haften werde. Wer die Kosten des von einem Erben beantragten Aufgebots dieser Art zu tragen habe, ist im Gesetz nicht gesagt. Doch wird aus allgemeinen Billigkeitsgründen Planck[23]) zuzustimmen sein, der sie allen Erben gemeinschaftlich auferlegen will, da das Aufgebot im Interesse der Erbengesamtheit erlassen wird. Auch darüber enthält das Gesetz keine direkte Bestimmung, ob das Aufgebot auch noch nach erfolgter Teilung zulässig ist. Da jedoch das B.G.B. in § 2064 verlangt, dass zunächst die Nachlassverbindlichkeiten aus dem Nachlass berichtigt werden, so wäre damit nicht vereinbar, dass das Gesetz auf der andern Seite ein Hülfsmittel gäbe, durch das die Erben trotz Nichtbeachtung jener Vorschrift sich die Wohltat bloss anteiliger Haftung verschaffen könnten. Es muss vielmehr, soll das Aufgebot die erwähnte Wirkung haben, vor der Teilung erlassen sein.[24])

[23]) Anmerkung zu S. 2060.
[24]) Vgl. hierzu Grundig No. 33.

Ebenso verhält es sich in dieser Beziehung mit dem Privataufgebot des § 2061. Dieses besteht in einer öffentlich bekannt gemachten Aufforderung eines Erben an die Nachlassgläubiger ,ihre Forderungen binnen 6 Monaten bei ihm oder dem Nachlassgericht anzumelden. Die Folgen sind dieselben wie beim gerichtlichen. Jedoch mit einer Ausnahme. Hier genügt es, um die anteilige Haftung auszuschliessen, dass eine Forderung den Erben vor der Teilung bekannt wird, wenn sie auch nicht innerhalb der Frist angemeldet wurde. Als logische Konsequenz ergiebt sich daraus, dass die Erben, um die Wohltat des Aufgebots voll geniessen zu können, sofort nach Ablauf der Frist die Teilung vornehmen müssen, da ihnen sonst der Erfolg desselben immer noch vereitelt werden könnte. Die Kosten dieses Aufgebots fallen gemäss § 2061 Absatz 2 Satz 3 wohl wegen der privaten Natur desselben dem zur Last, der es erlässt.

Einem Aufgebot gleichgestellt in der Wirkung ist sodann gemäss § 2060 No. 2 der Ablauf von fünf Jahren seit dem Erbfall, resp. nach Erlass des die Todeserklärung des Erblassers enthaltenden Urteils. Wenn nämlich innerhalb dieser Zeit dem Erben eine Forderung weder bekannt geworden, noch im Aufgebotsverfahren angemeldet worden ist, so tritt auch anteilige Hafung dem Erbteil entsprechend ein. Als vierten Fall endlich für die Umwandlung der Gesamthaft in eine anteilige stellt § 2060 No. 3 den auf, dass ein Nachlasskonkurs eröffnet und durch Verteilung der Masse oder durch Zwangsvergleich beendigt worden ist. Da jedoch ein etwaiger Nachlasskonkurs die Geschäftsschulden infolge der nach Handelsrecht eingetretenen unbeschränkten Haftung nicht berührt, so kommt dieser Fall hier für die Frage nach Gesamt- oder anteiliger Haftung nicht in Betracht.

Erwähnt sei hier noch, dass Hachenburg[1]) die Bestimmung der §§ 2060/61 auch auf Klagen vor der Teilung angewendet wissen will. Das widerspricht aber direkt den Worten des Gesetzes: „nach der Teilung" und ist ausserdem ganz überflüssig, da die Erben vor der Teilung durch § 2059 viel weitgehender geschützt sind.

[1]) Seite 710.

§ 8.

Nach Ablauf der Frist des § 27 Abs. 2 H.-G.-B. mit Benutzung des § 25 Abs. 2.

Ob der Absatz 2 des § 25 hier überhaupt anwendbar ist, ist in der Literatur sehr bestritten. Dieser Satz besagt, dass beim Erwerbe eines Handelsgeschäfts unter Lebenden und Fortführung desselben unter der alten Firma die grundsätzlich eintretende Haftung des Erwerbers für die früheren Geschäftsverbindlichkeiten nicht Platz greifen solle, wenn eine abweichende Vereinbarung in das Handelsregister eingetragen und bekannt gemacht oder vom Veräusserer oder Erwerber den Gläubigern mitgeteilt worden sei. Nach § 27 H.G.B. soll nun, wenn ein zu einem Nachlass gehöriges Handelsgeschäft von einem Erben fortgeführt wird, der § 25 entsprechende Anwendung finden. Staub[1]) meint nun und ebenso Bolte,[2]) der ganze § 25 sei damit gemeint, auch der Absatz 2. Dagegen halten Lehmann-Ring[3]) und Cohn[4]) die Anwendung des Absatz 2 für gänzlich ausgeschlossen, da die vom Gesetz geforderte Vereinbarung nicht durch die einseitige Willenserklärung der Erben ersetzt werden könne. Eine dritte Ansicht wird durch Düringer-Hachenburg[5]) vertreten, dahin gehend, dass der Absatz 2 nur in Anwendung kommen könne, wenn der Erblasser eine diesbezügliche Verfügung hinterlassen habe.

Es muss zugegeben werden, dass der streng genommene Wortlaut des Gesetzes der Anwendung des Absatz 2 widerspricht. Allein alsdann ist er auch nicht auf die Fälle anzuwenden, in denen eine diesbezügliche Verfü-

[1]) S. 151.
[2]) S. 457 ff.
[3]) S. 100.
[4]) Gruchots Beiträge Bd. 42, S. 63.
[5]) S. 125.

gung des Erblassers vorhanden ist. Denn auch diese stellt keine Vereinbarung dar, sondern nur eine einseitige Willenserklärung. Eine Ausnahme hiervon macht nur der Erbvertrag. Denn diesem liegt eine regelrechte Vereinbarung zu Grunde. Wenn daher ein Handelsgeschäft durch Erbvertrag übergeht und darin der Ausschluss der handelsrechtlichen Haftung ausgemacht ist, so ist auch der strengsten Wortinterpretation Genüge getan. Aber ganz abgesehen davon, muss man wohl beachten, dass ja von einer „entsprechenden" Anwendung des § 25 die Rede ist. Ob aber die einseitige Erklärung beim Uebergang von Todeswegen einer Vereinbarung beim Erwerb unter Lebenden entspricht, lässt sich nur aus innern Gründen heraus entscheiden. Beim Erwerb unter Lebenden ist der Uebergang der Schulden nicht begrifflich notwendig an die Fortführung der Firma gebunden, sondern wird bloss präsumiert, wenn nichts Gegenteiliges vereinbart ist. Dass es sich hier nur um eine widerlegbare Vermutung handelt, geht daraus hervor, dass die Parteien ja eine abweichende Vereinbarung treffen und dadurch den Uebergang der Schulden ausschliessen können. Diese Vereinbarung stellt sich also dar als eine Widerlegung jener Vermutung. Ebenso ist auch beim Erwerb von Todeswegen der Uebergang der Schulden nicht begrifflich an die Fortführung der Firma gebunden. Denn wiederum ist eine Widerlegung möglich, wie aus dem Beispiel mit dem Erbvertrag hervorgeht. Es wird beidemal vermutet, dass der Uebergang der Schulden gewollt sei. Widerlegt wird dies durch den Nachweis eines entgegenstehenden Willens. Beim Erwerb unter Lebenden muss nun dieser entgegengesetzte Wille bei beiden Contrahenten vorhanden sein, da sonst das Uebertragungsgeschäft nicht perfect würde. So kommen wir zu dem Erfordernis einer Vereinbarung. Beim Uebergang von Todeswegen fällt da-

gegen der Wille des früheren Inhabers aus. Es kommt nun lediglich auf den des neuen an. Und so erscheint dessen Willenserklärung tatsächlich als das jener Vereinbarung „entsprechende."

Auch der Einwand ist hinfällig,[1]) dass es eine Benachteiligung der Gläubiger bedeute, wenn man dem Erben die Beschränkungsmöglichkeit des § 25 Absatz 2 zugestehe, da beim Uebergang unter Lebenden auch der frühere Inhaber mit seinem ganzen Vermögen verhaftet bleibe, im Falle des § 27 dagegen sei er gar nicht mehr vorhanden. Allein durch die Benutzung des § 25 Absatz 2 kann ein Erbe natürlich nicht jede Haftung ablehnen, sondern selbstverständlich nur die speziell handelsrechtliche. Auf jeden Fall bleibt auch für die Geschäftschulden die Haftung des B.G.B. besthen. Und so bleibt in Wahrheit auch hier den Geschäftsgläubigern das ganze Vermögen des früheren Inhabers verhaftet, allerdings in Gestalt des Nachlasses. Dass aber über Nacht ein Schuldner sterben und man sich auf einmal nur noch an den schwerer zugänglichen Nachlass halten kann, ist ein Risiko, das jeder Geschäftsmann auf sich nehmen muss. Von einer ungerechtfertigten Schädigung des Gläubiger kann also hier nicht die Rede sein, eher könnte man eine ungerechte Begünstigung derselben darin sehen, wenn man dem Erben des beneficium des Absatz 2 verweigerte.

Hat nun der Vormund die Ablehnung oder Modifikation der unbeschränkten Haftung vor Ablauf der Frist des § 27 Absatz 2 in das Handelsregister eintragen und bekannt machen lassen oder den Gläubigern dies direkt mitgeteilt, so ist für die Mündel die unbeschränkte Haftung des H.G.B. nicht eingetreten. Sache der Gläubiger ist es, nun dem gegenüber die nötigen Schritte zu tun.

[6]) Vgl. zum Folgenden Bolte S. 463 Anmerkung 51.

Die Erben haften jetzt nur noch nach den erbrechtlichen Bestimmungen des bürgerlichen Rechts.

Ueber das Prinzip der Erbenhaftung des B.G.B. herrscht ein lebhafter Streit, ob die Haftung prinzipiell unbeschränkt sei, aber durch Anwendung gewisser Mittel zu einer auf den Nachlass beschränkten gestaltet werden könne,[7])oder ob sie prinzipiell beschränkt sei und durch die Nichtbenutzung jener Mittel erst zu einer unbeschränkten werde.[8]) Der Streit ist jedoch fast ausschliesslich theoretischer Natur und wird, da der Gesetzestext hier nicht sehr scharf formuliert ist, auch nicht so bald zu einem Ende kommen. Praktisch wichtig ist, dass, welcher Ansicht wir uns auch anschliessen, wir anfangs einen provisorischen Zustand haben, während dessen die Erben die Möglichkeit haben, eine Beschränkung ihrer Haftung herbeizuführen. Wir haben eine grundsätzlich beschränkbare Haftung.[9]) Und erst durch gewisse Ereignisse wird sie zu einer endgültig beschränkten oder endgültig unbeschränkten. Davon müssen auch wir hier ausgehen. Zunächst die Rechtslage vor der Teilung.

Grundsätzlich haften die Erben nach § 2058 solidarisch. Bis zur Teilung kann aber nach § 2059 Absatz 1 Satz 1 der Miterbe die Berichtigung der Nachlassverbindlichkeiten aus dem Vermögen, das er ausser seinem Anteil am Nachlass hat, verweigern. Nach Satz 2 steht ihm dies Verweigerungsrecht, wenn er für eine Nachlassverbindlichkeit unbeschränkt haftet,. in Ansehung des seinem Erbteil entsprechenden Teiles der Verbindlichkeit nicht zu. Der Satz 1 gilt also für das erste Stadium der noch beschränkbaren Haftung. Denn für die endgültig

---

[7]) Die Mehrzahl der Jahrbücher und Kommentare des B. G.-B. bei dem betr. Abschnitt.

[8]) Z. B. Hachenburg S. 369. Eccius bei Gruchot Bd. III, S. 604. Frommhold, Anmerkung zu S. 1967.

[9]) Vgl. Planck, Deutsche Juristen-Zeitung 1899, S. 363.

unbeschränkte Haftung gilt Satz 2, und bei endgültig beschränkter steht ihm dies Verweisungsrecht auf den Nachlass überhaupt zu, nicht nur bis zur Teilung. In dieser ersten Zeit nun können die Gläubiger wiederum nach § 2059 Absatz 2 gegen alle Erben als Gesamthandschuldner vorgehen. Dem gegenüber können sich die Erben gemäss C.P.O. § 780 die Beschränkungsmöglichkeit ihrer Haftung im Urteil vorbehalten lassen und, wenn die Zwangsvollstreckung daraus betrieben wird, nach C.P.O. § 781 die Einwandsklage erheben. Ausserdem steht ihnen auch noch aus § 2014 innerhalb der drei ersten Monate nach Annahme der Erbschaft das Recht zu, die Erfüllung einer Nachlassverbindlichkeit überhaupt, also auch aus dem Nachlass selbst, zu verweigern. NachC.P.O. § 872 können die Erben zwar auf Grund dieser Einrede nur verlangen, dass die Zwangsvollstreckung einstweilen auf solche Massregeln beschränkt werde, die zur Vollziehung eines Arrests nötig sind. Beide Einwendungen haben so nebeneinander ihre Bedeutung. Die letztere ergreift einen grösseren Vermögenskomplex — nämlich den Nachlass inklusive, — jedoch mit schwächerer Wirkung, die erstere führt für ihr kleineres Geltungsgebiet einen weitergehenden Erfolg herbei. Daneben kann nun aber auch jeder Einzelerbe als Gesamtschuldner belangt werden. Alsdann kann er gemäss § 2059 Absatz 1 Satz 1 die Gläubiger auf seinen Anteil am Nachlass verweisen, den diese dann in der bereits geschilderten Weise pfänden lassen und verwerten können. Die aufschiebenden Einreden aus § 2014/15 bleiben dem Erben auch unbenommen. Ausserdem kann der Vormund aber auch gemäss § 1970 die Geschäftsgläubiger im Wege des Aufgebotsverfahrens zur Anmeldung ihrer Ansprüche auffordern lassen. Allein solange noch das Recht aus § 2059 Absatz 1 Satz 1 nicht verloren ist, hat ein solches Aufgebot noch

keine praktische Bedeutung. Denn das Recht, welches der § 1973 als Folge des Aufgebots gewährt, einen ausgeschlossenen Gläubiger auf den Rest des Nachlasses zu verweisen, ist im § 2059 Satz 1 allen Gläubigern gegenüber gegeben. Praktisch wird jedoch ein solch erlassenes Aufgebot, wenn nachträglich die Beschränkungsmöglichkeit verloren geht.

Endgültig beschränkt wird nun die Haftung der Erben, wenn auf Antrag des Vormunds oder eines Gläubigers Nachlassverwaltung oder Nachlasskonkurs angeordnet wird. Planck[10]) meint, dass ein ausgeschlossener Gläubiger zur Stellung des Antrags auf Nachlassverwaltung nicht berechtigt sei. Allein es ist wohl Strohal[11]) beizupflichten, der die entgegengesetzte Meinung vertritt. Denn während K.O. § 213 ausdrücklich besagt, dass einem solchen Gläubiger dies Recht bez. des Nachlasskonkurses nicht zusteht, enthält das Gesetz keine derartige Bestimmung bez. der Nachlassverwaltung. Auch sachliche Gründe lassen sich für die Ansicht Plancks nicht aufführen. Im Gegenteil, auch ein ausgeschlossener Gläubiger hat immer noch Interesse an einer ordnungsgemässen Verwaltung des Nachlasses, damit er mit seiner Forderung nicht ganz ausfällt. Von Seiten der Erben kann gemäss § 2062 Nachlassverwaltung nur von allen gemeinschaftlich beantragt werden. Dagegen ist nach K.O. § 217 jeder einzelne Erbe berechtigt zum Antrag auf Eröffnung des Nachlasskonkurses. In unserm Falle kommt dies nicht so sehr zur Geltung, da hier der Vormund für alle Erben handelt. Die Wirkung dieser Beschränkungsmittel ist nun die, dass den Erben, resp. ihrem Vormund, die Verwaltung des ganzen Nachlasses entzogen wird, also auch die des Handelsgeschäfts. Für alle Schulden haftet

[10]) S. 82.
[11]) S. 452.

jetzt nur noch der Nachlass, und alle Forderungen sind dem Nachlassverwalter, resp. -konkursverwalter gegenüber geltend zu machen. Ein Vorgehen gegen den Vormund oder die Erben wäre gänzlich erfolglos. Denn ihnen fehlt nunmehr jede Passiv-Legitimation.[12]) Die Frage, ob Gesamt- oder anteilige Haftung, ist jetzt ganz ohne Bedeutung, da ja nur noch eine verhaftete Masse, der Nachlass, vorhanden ist. Ist die Anordnung einer Nachlassverwaltung oder die Eröffnung eines Nachlasskonkurses wegen Mangels einer den Kosten entsprechenden Masse untunlich, so kann jeder Erbe, der belangt wird, dem Gläubiger gemäss § 1991 im Wege der Zwangsvollstreckung das, was er aus dem Nachlasse erhalten hat, herausgeben und dann die Befriedigung der andern Gläubiger verweigern. Endlich kann auch noch eine Beschränkung der Haftung nur einzelnen Gläubigern gegenüber durch Erlass eines Aufgebots gemäss § 1973 herbeigeführt werden. Dies kann der Vormund natürlich auch für die Geschäftsschulden veranlassen und dadurch die Haftung seiner Mündel dafür zu einer beschränkten gestalten. Zu bemerken ist hier noch, dass gemäss C.P.O. §§ 991 und 997 das für einen Erben erwirkte Ausschlussurteil auch den andern zugute kommt.

Zu einer endgültig unbeschränkten Haftung gelangen nun die Erben allen Gläubigern gegenüber dadurch, dass der Vormund innerhalb der ihm geestzten Inventarfrist das Inventar nicht oder nicht rechtzeitig oder absichtlich, unrichtig anfertigt. Denn während das A.L.R. I, 9, § 430 und ebenso die Preussische Vormundschaftsordnung § 50 bestimmten, dass Minderjährige der Rechtswohltat des Nachlassverzeichnisses infolge von Handlungen oder Unterlassungen des Vormunds nicht verlustig gehen sollten, hat das B.G.B. eine derartige Regel nicht aufgenommen,

[12]) Vgl. hierzu Cosack S. 708 und Strohal S. 475.

sondern gewährt den Minderjährigen nur im § 1997 eine Vergünstigung beim gänzlichen Mangel einer Vertretung, rechnet ihnen aber sonst das Verhalten des Vormunds zu. Allerdings macht dieser sich gemäss § 1833 Absatz 1 seinen Mündeln gegenüber eventuell ersatzpflichtig. Und ausserdem schreibt auch noch der § 1999 vor, dass das Nachlassgericht dem Vormundschaftsgericht jedesmal Mitteilung machen solle, wenn einem Erben, der unter Vormundschaft oder elterlicher Gewalt steht, eine Inventarfrist gesetzt werde. Verstösst der Vormund aber trotzdem gegen die Vorschriften des § 1994 Absatz 2 oder 2005 Absatz 1, so wird dadurch die Haftung der Erben für alle Nachlassschulden, also auch die früheren Geschäftsschulden, eine unbeschränkte. Nach § 2063 kommt allerdings die Errichtung eines Inventars durch einen Erben allen andern Miterben zustatten. Stellt also der Vormund auch nur für eins seiner Mündel ein Inventar auf, so sind dadurch auch die Interessen der andern gewahrt. Einem Einzelgläubiger gegenüber tritt diese unbeschränkte Haftung gemäss § 2006 dann ein, wenn einem Gläubiger, der die Leistung des Offenbarungseides bez. des Inventars verlangt, dieser Eid verweigert wird. Die Wirkung dieser eintretenden unbeschränkten Haftung ist nun nicht etwa, wie Krückmann[13]) behauptet, die, dass die Einrede des ungeteilten Nachlasses verloren geht. Es geht ihnen vielmehr nur die Einrede des § 2059 Absatz 1 Satz 1 verloren, nicht dagegen die aus Satz 2. Denn dieser ist ja gerade auf den Fall der endgültig unbeschränkten Haftung zugeschnitten. Im Einzelnen gestaltet sich nun die Haftung genau so wie in dem Fall, dass der Vormund das Geschäft über die Frist des § 27 Absatz 2 hinausfort geführt hat, ohne gemäss § 25 Absatz 2 zu verfahren. (Siehe Seite 36 ff.). Jedoch mit einer Ausnahme. Hat

[13]) S. 477.

der Vormund, bevor die Haftung definitiv unbeschränkt wurde, das erwähnte Aufgebotsverfahren veranlasst, so kann er den ausgeschlossenen Gläubigern gegenüber auch jetzt noch gemäss § 1973 Befriedigung insoweit verweigern, als der Nachlass bereits durch Befriedigung anderer Nachlassgläubiger erschöpft ist. Jeder Miterbe kann also die Gläubiger auf das verweisen, was er aus der Erbschaft erhalten hat. Das ist aber vor der Teilung nur sein Anteil am Gesamtnachlass. Mithin haftet er den ausgeschlossenen Gläubigern gegenüber trotz seiner unbeschränkten Haftung doch nur auf den Nachlass beschränkt.[14])

Dass die Teilung des Nachlasses auf die Haftung der Erben einen weitgehenden Einfluss ausübt, ist bereits gesagt worden. Allein man darf nicht so weit gehen wie Planck[15]) und behaupten, dass durch die Teilung die Beschränkung der Haftung verloren gehe. Mit Grundig nehme ich vielmehr an, dass auch nach der Teilung der beschränkt haftende Erbe die Befriedigung eines Gläubigers insoweit verweigern kann, als die Forderung dasjenige übersteigt, was er aus dem Nachlass erhalten hat. Auch ist es noch möglich, dass nach der Teilung eine Beschränkung eintritt. Denn die Erben können auch noch nach der Teilung Nachlasskonkurs beantragen, oder sich durch Anwendung des § 1990 befreien, solange sie noch nicht definitiv unbeschränkt haften.[15]) Es kann ihnen also auch noch nach der Teilung eine Inventarfrist mit den geschilderten Konsequenzen gesetzt werden. Einige Beschränkungsmittel gehen ihnen jedoch verloren. Vor allem können sie keine Nachlassverwaltung nach ausdrücklicher Bestimmung des § 2062 beantragen. Hachenburg meint nun, durch § 2062, werde nur den Erben die

[14]) Vgl. hierzu Grundig S. 29.
[15]) Vergl. Eccius S. 815.
[16]) Seite 675.

Möglichkeit genommen, eine Nachlassverwaltung herbeizuführen, nicht dagegen den Nachlassgläubigern. Wie jedoch Planck[17]) und Jäger[18]) meiner Meinung nach mit Recht bemerken, ist auch den Nachlassgläubigern durch die Teilung dies nicht mehr möglich. Das „sie ist ausgeschlossen" ist mit Bezug auf „die Anordnung einer Nachlassverwaltung" gesagt, ganz allgemein; es steht nicht etwa da „die durch die Miterben beantragte Nachlassverwaltung." Ebenso ist, wie bereits gesagt, eine Beschränkung der Haftung durch ein nach der Teilung erlassenes Aufgebot nicht mehr möglich. Welchen Einfluss die Teilung auf die Frage der Gesamthaft ausübt ist oben schon erörtert worden. Hier ist nur noch einiges über den dort ausgeschlossenen Fall des Nachlasskonkurses zu sagen. Gemäss § 2060 No. 3 haftet jeder Erbe nach der Teilung bloss für den seinem Erbteil entsprechenden Teil einer Nachlassverbindlichkeit, wenn der Nachlasskonkurs eröffnet und durch Verteilung der Masse oder durch Zwangsvergleich beendet worden ist. Jäger[19]) meint nun, dass, wenn ein Nachlasskonkurs nicht durch Zwangsvergleich ende, diese Bestimmung nur in Anwendung käme, wenn nach Befriedigung der Nachlassgläubiger ein Rest verbleibe, bez. dessen eine effektive Teilung unter den Erben stattfinden müsse. Da dies aber wohl nur in den seltensten Fällen vorkommt, bleiben die Erben meistens als Gesamtschuldner für alle Zeit verhaftet. Daher meinte Strohal,[20]) dass hier eine Beendigung des Konkurses ohne Rest einer Teilung gleichstände. Diese Ansicht lässt sich meiner Meinung nach mit dem Sinn des Gesetzes wohl vereinbaren. Denn durch die Beendigung des Konkurses wird die Erbengemeinschaft in Wirklichkeit auch

[17]) Anmerkung zu 2062.
[18]) S. 23.
[19]) S. 27.
[20]) S. 524.

auseinandergesetzt." Allerdings ist das, was jeder bekommt, gleich Null. Es hiesse jedoch zu sehr am Buchstaben hangen, wollte man eine Teilung deshalb leugnen und die Erbengemeinschaft in alle Ewigkeit hinein fortbestehen lassen, weil nichts da war, was realiter in Teile zerlegt werden konnte. Bez. der Schulden, die nicht von der Beendigung des Nachlasskonkurses berührt werden, tritt daher auch Teilhaftung ein.[21]) Strohal[22]) wendet nun dies analog auch dann an, wenn bei einer Nachlassverwaltung kein Rest bleibt und ebenso auf den Fall der §§ 1990, 1992. Hier stimme ich ihm darin bei, dass auch in diesen Fällen der Nachlass als geteilt anzusehen ist, und zwar aus demselben Grunde wie beim Nachlasskonkurs. Allein darin kann ich ihm nicht folgen, dass hier nun auch Teilhaftung eintreten sollte. Denn § 2060 No. 3 spricht ausdrücklich nur vom Nachlasskonkurs, und wenn der Gesetzgeber diese Regel auch auf andere Fälle hätte ausdehnen wollen, hätte er dies doch wohl ebenfalls ausdrücklich gesagt. Zu bemerken ist noch, dass auch nach der Teilung ein Gläubiger die Erben gemeinsam belangen kann. Das aber ist, wie Binder[23]) hervorhebt nur möglich, wenn für die Erben ein gemeinsamer Gerichtsstand gemäss C.P.O. § 28 besteht.

[21]) Vgl. auch Binder III. Teil, S. 326 ff.
[22]) a. a. O.
[23]) Band III, S. 333.

§ 9.

B. Bei Fortführung des Geschäfts unter neuer Firma.

Führt der Vormund das Geschäft dagegen nicht unter der alten Firma fort, sondern nimmt eine neue an, so wird die Sachlage eine ganz andere. Strohal[1]) stellt zwar die Behauptung auf, für den Fall des § 27 sei kein Unterschied zu machen, zwischen Fortführung unter alter und neuer Firma. Eine nähere Begründung fügt er nicht bei. Formell besagt aber § 27, dass „die Vorschriften des § 25" entsprechende Anwendung finden sollen, also auch die abweichenden Bestimmungen für beide Fälle, nicht nur für den ersten. Und sachlich ist durchaus kein Grund ersichtlich, diese Unterscheidung hier fallen zu lassen. Zuerst fragt es sich nun, bedeutet der Wechsel der Firma eine Annahmeerklärung bez. der Erbschaft im Sinne des § 1943 B.G.B. Wiederum muss gesagt werden: Es kommt darauf an, aus welchem Grunde der Wechsel erfolgte. Lag kein besonderer, ausserhalb des Willens der Erben oder ihres Vormunds liegender Grund dazu vor, so ist darin eine Erklärung zu erblicken, die Erbschaft annehmen zu wollen. War jedoch eine zwingende Ursache zur Aenderung der Firma gegeben, so braucht keine Erbschaftsanahme darin zu liegen, und es läuft auch in diesem Falle für die Erben die Frist des § 1944. Nach Ablauf dieser Frist oder infolge einer früher erfolgten ausdrücklichen Annahme sind die Mündel nun definitiv Erben geworden und haften für die Geschäftsverbindlichkeiten nach den erbrechtlichen Bestimmungen des B.G.B. Aber auch hier kann zu dieser allgemeinen noch eine besondere gemäss Handelsrecht hinzutreten.

Zuvor sei aber noch die Frage erörtert, ob es als

[1]) S. 504. Anm. 2

Beibehaltung der alten oder Annahme einer neuen Firma anzusehen ist, wenn der Name des Erben gleichlautend ist mit der Firma des Erblassers. Staub[2]) meint, dies sei als Beibehaltung der alten Firma anzusehen, weil man im Zweifel das dem Erben Günstigere annehmen müsse. Allein es ist kein Grund ersichtlich, weshalb man gerade das dem Erben Günstigere annehmen sollte. Ebensogut könnte man sagen, die Gläubiger sollen geschützt werden, und es ist das ihnen Günstigere anzunehmen. Ausserdem erscheint es doch sehr fraglich, ob es für den Erben günstiger ist, wenn man Beibehaltung der alten Firma annimmt. Der Eintritt der unbeschränkten Haftung, der sich daran knüpft, dürfte schwerlich als eine besondere Gunst angesehen werden. Schultess[3]) will hier praktische Argumente den Ausschlag geben lassen und meint, die Verkehrsanschauung sehe diesen Fall als Fortführung der alten Firma an, und sodann habe der Erbe Mittel genug, die Unterscheidung kenntlich zu machen. Allein ob die Verkehrsanschauung dies unter allen Umständen als Fortführung der alten Firma ansieht, müsste erst noch bewiesen werden, und eine Verpflichtung des Erben, mehr zu tun, als dem Geschäft seinen Namen zu geben, ist nirgends statuiert. Der ausschlaggebende Gedanke in dieser Frage liegt vielmehr, wie Bolte[4]) meint, in der Beweisfrage. Wer sich auf die unbeschränkte Haftung des Erben beruft, muss deren Voraussetzungen beweisen. Dazu gehört aber auch die Fortführung der alten Firma. Es kann ja nun sein, dass der Erbe zu erkennen gegeben hat, er wolle die alte Firma beibehalten, oder dass vielleicht der Erblasser die Beibehaltung angeordnet hat. Ist dies jedoch nicht der Fall,

---

[2]) S. 153.
[3]) Seite 19.
[4]) S. 435.

so wird der Gläubiger den Beweis nicht führen können, dass die alte Firma beibehalten wurde, und der Erbe dringt mit seiner Behauptung, dass er dem Geschäft seinen Namen gegeben habe, durch.

Für die Erben kann nun trotz Annahme einer neuen Firma doch eine besondere handelsrechtliche Haftung eintreten gemäss H.G.B. § 25 Absatz 3. Dieser besagt: „Wird „die Firma nicht fortgeführt, so haftet der Erwer„ber eines Handelsgeschäfts für die früheren Ge„schäftsverbindlichkeiten nur, wenn ein besonderer „ Verpflichtungsgrund vorliegt, insbesondere, wenn die „Uebernahme der Verbindlichkeiten in handelsübli„cher Weise von dem Erwerber bekannt gemacht „worden ist." Auf den Fall des Erwerbs durch Erbgang entsprechend angewandt, will diese Bestimmung natürlich nicht sagen, dass der oder die Erben, wenn kein besonderer Verpflichtungsgrund vorliegt, überhaupt nicht für die Nachlassschulden aufzukommen brauchen, sondern selbstverständlich besteht auf jeden Fall die zivilrechtliche Haftung. Wenn aber noch ein besonderer Verpflichtungsgrund gegeben ist, dann tritt noch eine zweite Haftung hinzu, die das ganze Vermögen der Erben ergreift, ganz gleichgültig, wie sich ihre Haftung nach B.G.B. gestaltet. Hier handelt es sich nicht um eine Verschärfung der bereits bestehenden erbrechtlichen Haftung, sondern um Begründung einer völlig neuen. Denn sie folgt nicht aus dem Erbfall, sondern lediglich aus dem besonderen Verpflichtungsgrund. Als Beispiel eines solchen Grundes hebt § 25 die in handelsüblicher Weise von den Erben bekannt gemachte Uebernahme der Verbindlichkeiten hervor. Daneben giebt es aber deren auch noch andere. Diese können einmal begründet sein im Verhältnis zwischen dem Erben und dem Erblasser, etwa in Gestalt eines Erbvertrags, oder sie können auch entstehen im Ver-

hältnis zwischen Erben und Geschäftsgläubigern, etwa durch speziellen Schuldübernahme-Vertrag. Das eigentümlich handelsrechtliche bildet aber die in handelsüblicher Weise erfolgte Bekanntmachung der Uebernahme. Der Begriff „handelsüblich" ist natürlich je nach Zeit und Ort verschieden. Im Allgemeinen wird wohl darunter eine Bekanntmachung in den für Publikationen der Handelswelt bestimmten Blättern oder direkte Anzeige an die Gläubiger zu verstehen sein.[5]) Wie lässt sich aber nun die Entstehung dieser Haftung juristisch konstruieren? Für die Entstehung einer Haftung haben wir gründsätzlich drei Möglichkeiten: Vertrag, Delikt und besondere gesetzliche Bestimmung. Delikt scheidet natürlich aus. Dagegen hat die Vertragstheorie Vertreter gefunden. So meinten die Nürnberger Protokolle, es handle sich hier um eine Vertragsofferte ‚durch deren Bekanntmachung eine Gebundenheit auf Seiten des Erwerbers entstehe. Allein zu einem Vertrag gehört die übereinstimmende Willenserklärung der Contrahenten. Hier aber käme ein Vertrag zustande, ohne dass ein Gläubiger davon wusste, ja damit einverstanden wäre. Das ist aber mit dem Wesen des Vertrags nicht vereinbar. Schultess[6]) sucht die Haftung aus dem Handelsgewohnheitsrecht heraus zu begründen. Der Satz, dass die handelsübliche Bekanntmachung der Uebernahme der Geschäftsschulden die unbeschränkte Haftung dafür begründe, sei unbestritten Gewohnheitsrechtssatz gewesen. Reichsgewohnheitsrecht gelte aber auch heute noch, folglich beruhe der Verpflichtungsgrund im Gewohnheitsrecht, der in § 25 Absatz 3 nur erwähnt werde. Allein das innerste Wesen des Gewohnheitsrechts besteht doch darin, dass es kein ius scriptum ist. Sobald daher ein Satz des Gewohnheitsrechts in

[5]) Stegemann, Seite 129.
[6]) S. 21.

den Gesetzestext aufgenommen wird, und sei es auch nur in Form eines Nebensatzes, so wird daraus Gesetzesrecht. Es ist daher die einfachste und ungezwungenste Konstruktion die, die auch Stegemann[8]) vertritt, dass der Rechtsgrund der Haftung lediglich auf der Norm des § 25 Absatz 3 beruht. Bolte[9]) meint, dass hier dasselbe Prinzip wie bei der Auslobung zum Ausdruck gebracht sei. Dass der Gesetzgeber dies beabsichtigt hat, glaube ich nicht. Die Entstehung ist nur vom historischen Standpunkt aus zu verstehen. Der Rechtssatz hatte sich aus der Praxis des täglichen Lebens als Gewohnheitsrecht gebildet und ist dann vom Gesetz festgelegt worden.

[8]) S. 133.
[9]) S. 470.